

LUYZA MARKS DE ALMEIDA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA:
A QUESTÃO PREJUDICIAL E A EFETIVIDADE PRÁTICA DO
PROVIMENTO JURISDICIONAL PELA VIA DIFUSA**

**CURITIBA
2005**

LUYZA MARKS DE ALMEIDA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA:
A QUESTÃO PREJUDICIAL E A EFETIVIDADE PRÁTICA DO
PROVIMENTO JURISDICIONAL PELA VIA DIFUSA**

**Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná.**

Orientador: Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

Co-orientador: Prof. Sérgio Cruz Arenhart

**CURITIBA
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

LUYZA MARKS DE ALMEIDA

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA: A QUESTÃO PREJUDICIAL E A EFETIVIDADE PRÁTICA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL PELA VIA DIFUSA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

Co-orientador:


Prof. Sérgio Cruz Arenhart


Prof. Luiz Guilherme Marinoni

Curitiba, 26 de outubro de 2005.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	01
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	04
2.1 Estado Constitucional: supremacia e rigidez da Constituição	04
2.2 Inconstitucionalidade: objeto do controle	07
2.3 Formação e evolução da doutrina do controle de constitucionalidade: modelos clássicos e jurisdição constitucional	08
2.4 O controle de constitucionalidade no Brasil	12
2.5 O controle difuso da constitucionalidade	18
2.6 O controle concentrado da constitucionalidade	20
3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA	24
3.1 Origem histórica e conceito	24
3.2 Panorama positivo no Direito brasileiro	25
3.3 A noção de interesse e a sua qualificação transindividual	27
3.4 Os interesses difusos	28
3.5 Os interesses coletivos	30
3.6 Os interesses individuais homogêneos	31
4 A COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	34
4.1 Conceito e fundamentos da coisa julgada	34
4.2 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada	35
4.3 Coisa julgada e ação coletiva: os efeitos <i>erga omnes</i> e <i>secundum eventum litis</i> ...	37
4.4 A coisa julgada nas ações de interesses difusos	39
4.5 A coisa julgada nas ações de interesses coletivos	41
4.6 A coisa julgada nas ações de interesses individuais homogêneos	42
5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: POSSIBILIDADES E LIMITES	44
5.1 A fiscalização abstrata e difusa: óbices ante as ações coletivas	44
5.2 Posicionamento da doutrina	45
5.3 Posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça	48
5.4 Controle difuso e a questão prejudicial na seara do processo civil: distinções entre a ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade	52
5.5 A eficácia da coisa julgada na fiscalização concreta em ação civil pública: interesses transindividuais e a inutilidade prática da via abstrata	55
6 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	61

RESUMO

Os interesses de natureza transindividual vêm ganhando expressivo destaque no cenário jurídico brasileiro com a instituição e fortalecimento dos instrumentos processuais de tutela coletiva. Na garantia desses interesses, a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade difuso em sede de ação civil pública tem sido questão de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, dado os efeitos *erga omnes* da sentença nela proferida, o que conduziria à sua identificação com os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, à usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Em face dessa polêmica, verifica-se que há possibilidades, mas também limites para a declaração incidental da constitucionalidade nessa ação coletiva. O controle é viável na medida em que a questão prejudicial não se apresenta como pedido, mas como causa de pedir da ação, que visa, em verdade, um provimento concreto e específico, de modo a não ocorrer a aludida usurpação de competência. Assim, não há confusão entre ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade, conquanto os efeitos das decisões em cada qual possam coincidir, a princípio, haja vista que as extensões destes são distintas. Todavia, se o controle de constitucionalidade pela via difusa importar em esvaziamento prático do provimento jurisdicional pela via concentrada, muito embora os argumentos da questão prejudicial seja significativos, estar-se-á indubitavelmente diante de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Ação civil pública; Questão prejudicial, Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal; Inutilidade prática; Via concreta; Via difusa.

1 INTRODUÇÃO

A conformação de um Estado Democrático de Direito perpassa com grande intensidade a noção de efetividade das normas constitucionais. A realização desses preceitos releva não apenas na esfera abstrata, pelo reconhecimento da supremacia do texto da Constituição, porém especialmente pela configuração de mecanismos mantenedores dessa condição.

Como instrumento de garantia da força normativa da Lei Maior, portanto, destaca-se o mecanismo do controle de constitucionalidade, o qual disponibiliza à jurisdição constitucional a possibilidade de consolidação dos direitos fundamentais encartados na Constituição, a qual se tem atualmente focalizado, precipuamente, em sua modalidade concentrada, deixando bastante enfraquecida a realização do controle pelo sistema difuso.

Dessarte, é o tipo de controle de constitucionalidade tomado como difuso que figura como o elemento de maior relevo, neste trabalho, juntamente com a operacionalização de seu exercício em sede de ações coletivas, notadamente, a ação civil pública: mecanismo que se revela como expressivo instrumento para a tutela dos direitos fundamentais de natureza transindividual.

Tal questão, contudo, suscita inúmeras discussões acerca da viabilidade de se realizar a fiscalização da constitucionalidade em sede de ação civil pública, haja vista os efeitos da decisão e as características da coisa julgada que a delineiam, bem como, em face da primazia conferida ao controle concentrado a partir da Carta de 1988, as hipóteses de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal pelo exercício do controle difuso no seio daquela ação.

Assim, as posturas contrárias à utilização da ação civil pública como meio para a efetivação do controle de constitucionalidade não são poucas, entretanto, existem posicionamentos favoráveis também, buscando salvaguardar uma resposta célere e isonômica aos interesses postos para a prestação da tutela jurisdicional.

Em vista do cenário, ainda, bastante controverso sobre o tema, é que se declinou a atenção despendida ao estudo da possibilidade de realização do controle de constitucionalidade difuso em ação civil pública, expondo os elementos que envolvem

essa discussão tanto nas técnicas que relacionam os princípios da jurisdição constitucional difusa quanto nas técnicas da jurisdição coletiva.

Desse modo, primeiramente, buscar-se-á demonstrar o panorama do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, realizando estudo no plano da perspectiva do Estado Constitucional e das características da Constituição, bem assim, verificando o objeto do controle que se manifesta pela idéia de inconstitucionalidade.

Visitar-se-á o campo da formação e evolução da doutrina da fiscalização da constitucionalidade, além do cenário normativo do exercício da jurisdição constitucional no Brasil e as peculiaridades individualmente destacadas de cada um dos modelos de controle adotados pelo sistema misto brasileiro.

Vencendo a parcela de apreciação atinente ao controle de constitucionalidade, adentrar-se-á a esfera da ação civil pública. Nesse capítulo, será demonstrada a evolução histórica do instituto, as influências legislativas às quais foi submetida, assim como o panorama legal que a ela se agrega, formando um sistema de normas na consecução dos interesses sujeitos à proteção viabilizada pelas ações coletivas, com destaque à ação civil pública.

Nesse momento, intentou-se salientar o estudo pormenorizado da noção de interesse e sua perspectiva transindividual, juntamente com a análise particularizada dos interesses contemplados no diploma da ação civil pública associado aos dispositivos constantes do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em face da perspectiva esposada, abordar-se-á, outrossim, o instituto da coisa julgada na ação civil pública, figurando este como elemento de capital importância de verificação a fim de se perquirir os efeitos da sentença na ação coletiva apreciada, bem como a qualidade que estes atingem, seus limites e características ante cada espécie de interesse averiguado.

Por derradeiro, será encerrada a pesquisa com a demonstração dos limites e possibilidades de realização do controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, as dificuldades em vista de cada sistema existente no ordenamento pátrio, as posturas adotadas pela doutrina e pela jurisprudência, bem assim os contornos que a

questão venha a tomar com o desenvolvimento e evolução do tema no plano jurídico.

As dificuldades, em verdade, encontram-se no tocante à eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em ação civil pública, uma vez que não é passível de admissão a atribuição desse efeito nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede dessa ação. Para tanto, impõe-se a análise das questões de apreciação *incidenter tantum* da constitucionalidade e do esvaziamento prático da competência do Supremo Tribunal Federal para a fiscalização concentrada da conformação constitucional dos dispositivos em face da Constituição questionados.

Objetiva-se, ainda, desvelar o tema em comento em vista da dimensão e do sentido atual que a ordem constitucional coloca aos interesses transindividuais, proporcionando especial relevo à esfera processual dos institutos, não necessariamente quanto ao procedimento, mas quanto à sua conformação principiológica inserta no sistema jurídico.

Por fim, não se revela a pretensão desse trabalho, fornecer respostas exatas ao problema exposto, ante, inclusive, as discussões que não cessaram ou concluíram o debate a ser demonstrado. Contudo, evidenciar-se-á os caminhos possíveis a serem tomados, na perspectiva da doutrina e da jurisprudência atual, bem como a necessidade de uma disciplina clara do exercício do controle em ação civil pública, a fim de se trilhar tal via com mais segurança e adequação técnica, porém igualmente e sem dúvida, na busca indeclinável da efetivação dos direitos fundamentais, sem os quais, nada será mais que retórica inócua e despicienda.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Estado Constitucional: supremacia e rigidez da Constituição

O séc. XX viu nascer o Estado Constitucional, reconhecido este como o lugar avançado do chamado Estado de Direito que, principalmente, na Idade Contemporânea, busca, no princípio da legalidade, um tipo particular de coexistência humana, mormente no cenário político. Contudo, verificou-se que o Estado baseado apenas na legalidade mostrou-se insuficiente para a manutenção das garantias do homem, passando a violá-las. É nesse momento que se exerceu o Estado Constitucional na busca da valorização dos postulados constitucionais, inclusive com a oposição a certos atos do legislador, notadamente após o advento da Segunda Guerra Mundial¹.

A evidência, atualmente, do exercício da jurisdição constitucional caracteriza, portanto, uma particularização do Estado de Direito, denominado Estado Constitucional que marca profundamente as atuações das Cortes Supremas dos países absortos com a admissão do controle de constitucionalidade das leis, assumida paulatinamente e com modelos bastante distintos, bem como a noção de separação de poderes, central na compreensão de toda a estrutura da jurisdição constitucional.

Desta feita, a idéia de controle de constitucionalidade está estritamente relacionada a certos pressupostos, quais sejam, a existência de uma Constituição formal e de um órgão competente para o exercício da fiscalização de constitucionalidade, a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico e, sem dúvida, a rigidez constitucional², como baluartes da proteção dos direitos fundamentais, haja vista que “a existência de um escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional (...). A idéia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se

¹ CAPELLETTI, M. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599 *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 577.

² BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 51.

denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará nas mãos do legislador ordinário”³, o que, naturalmente, é incompatível com o conceito de Constituição formal, pautado na maior dificuldade de alteração da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária⁴.

O enfoque dado concentra-se, desse modo, na perspectiva da Constituição como Lei Fundamental e no reconhecimento do sentido normativo do texto fundamental, a partir da assunção da força vinculante, cogente e imperativa de suas normas jurídicas de conteúdo específico superior⁵, organizadoras do Estado e garantidoras dos direitos fundamentais.⁶

Nessa esteira, a Constituição, nos moldes como foi concebida pelos Iluministas, não emanava a força coercitiva que era intrínseca às normas jurídicas. Consistia, em verdade, numa carta de intenções passível de ser negada e infirmada ao sabor das conveniências. No sentido jurídico, portanto, já se considerou a Constituição como simples instrumento de limitação do Estado, voltando suas disposições especialmente aos Poderes Executivo e Legislativo e não vinculando o Judiciário, assim como tendo os direitos individuais como meras declarações, sem força normativa, como se observava nas primeiras constituições da França. Nesse momento, Constituição era sinônimo de *jurisdicização da política*, restando as relações pessoais regidas exclusivamente pelo direito privado, fundado na autonomia da vontade⁷.

Não é essa a perspectiva que atualmente prevalece e que merece prevalecer.

Conforme expressa CLÈVE, “a Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande *locus*, onde se opera a luta jurídico-política”⁸. É a expressão do Estado como um local para diálogo e não para mera assunção de uma ideologia em detrimento das demais; é, em verdade, um espaço para construção da sociedade a partir do respeito aos princípios e regras eleitos para reger a convivência humana, constantes do texto da Lei Fundamental.

³ MORAES, *op. cit.*, p. 577.

⁴ Id.

⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1.004.

⁶ Assim destaca-se, uma vez que o estudo da Constituição pode se dar de formas bastante diferentes, pois o seu conceito depende da apreciação que se pretende dela fazer e do valor que se lhe atribui.

⁷ CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 18.

⁸ Id.

A respeito dessa circunstância, aponta CANOTILHO que é por meio desta “‘mais-valia’ ou desta ‘bondade material’ que se distinguem as constituições verdadeiramente normativas das constituições semânticas (constituições de fachada). Não é pelo facto de existir um documento designado constituição que temos uma constituição. Esta existe, sim, quando o documento contém regras jurídicas materialmente consideradas ‘boas’, ‘valiosas’ ou ‘intrinsecamente legítimas’”.⁹

Com efeito, compreender a Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento da supremacia da Constituição em relação a todo o ordenamento jurídico, porém importa, igualmente, em reconhecer a existência de mecanismos e instrumentos suficientes para garantir juridicamente essa qualidade, segundo notadamente destaca CLÈVE, na obra oportunamente referida neste trabalho.

Dessarte, a noção de supremacia da Constituição compreende tanto a compatibilidade formal das normas que lhe são hierarquicamente inferiores, a partir dos comandos a respeito do modo de produção, alteração e supressão das normas jurídicas, quanto a compatibilidade material das normas insertas ou a serem inseridas na ordem jurídica. É precisamente nesse sentido que, conforme a colocação de HESSE, “a força normativa da Constituição implica, pois, a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade; mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também por ela conformada”¹⁰.

A supremacia constitucional, como pressuposto, admite e requer o exercício do controle de constitucionalidade das leis, o qual pode se dar na esfera jurídica ou política, conforme o Poder que exercita a fiscalização da constitucionalidade, seja o Judiciário ou os demais. O que releva, no entanto, é a promoção do controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público como principal mecanismo de defesa da Constituição, quando esta, por sua vez, prevê a possibilidade dessa fiscalização e atribui competência a um órgão para tanto, na intenção de censurar os preceitos violadores das regras e princípios constantes do “bloco constitucional”.

Os preceitos violadores da Constituição, portanto, fazem exsurgir a necessidade de verificação do conceito de *inconstitucionalidade*, bem como de

⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.006.

¹⁰ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. p. 15.

apreciação de seus tipos, a fim de se identificar os vícios passíveis de reconhecimento e as conseqüentes providências através da fiscalização de constitucionalidade das normas.

2.2 Inconstitucionalidade: objeto do controle

A doutrina já forneceu inúmeros conceitos de inconstitucionalidade a partir do estudo da Teoria Constitucional desenvolvida sobre o modelo adotado pelo ordenamento pátrio. Nesse tocante, tem-se, portanto, vinculado indissociavelmente àquela noção o conceito de controle de constitucionalidade, haja vista que este se conceitua por ser a verificação da adequação, compatibilidade, de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, conferindo seus requisitos formais e materiais.

De tal sorte, assume-se como inconstitucional um “ato normativo cujo conteúdo ou forma contrapõe-se, de modo expresso ou implícito, ao conteúdo do dispositivo constitucional”¹¹. Percebe-se, então, que se trata de uma *incompatibilidade vertical* da lei ou do ato normativo em relação às normas constitucionais.

Cabe salientar, no entanto, que a incompatibilidade vertical mencionada estende-se sobre critérios formais e materiais do ato impugnado, ou seja, não se refere apenas a contradições e contrariedades quanto ao conteúdo da Constituição, o que reflete os requisitos materiais de incompatibilidade lógica com a Carta Magna, mas também “decorre da inadequação ou desconformidade do procedimento efetivo de elaboração legislativa (plano do ser) ao conteúdo de norma constitucional prescritiva do processo legislativo (plano do dever ser)”¹², o que expressa, por sua vez, os requisitos formais de inadequação do preceito.

Outrossim, a inconstitucionalidade de uma norma pode se manifestar, também, a partir de outras angulações na apreciação do grau e caráter de sua inconstitucionalidade. Dessa forma, fala-se em inconstitucionalidade total quando há a contaminação completa do ato normativo viciado, já esta será parcial quando incidir apenas em relação a parcela do ato normativo. Assim, não deverá ser declarada a

¹¹ FERRARI, R. M. M. N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 24.

¹² NEVES, M. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.p. 74.

inconstitucionalidade total de uma lei, seja no plano material ou formal, quando apenas parte dela esteja maculada pelo vício.¹³

No que tange ao requisito material, este admite ambas as possibilidades de declaração de inconstitucionalidade, sem particularização na total ou parcial.

Verifica-se, ainda, a existência de outros tipos de inconstitucionalidade como a por ação e omissão, destacada por SILVA¹⁴, na medida em que se produzam e pratiquem ou não, respectivamente, atos legislativos ou administrativos que contrariem a Constituição ou diminuam a aplicabilidade das normas constitucionais; a inconstitucionalidade originária, quando se trata de violação à Constituição que contamina a norma editada desde seu nascimento, ou a superveniente, quando a inconstitucionalidade se manifesta num momento posterior à edição da norma; a inconstitucionalidade antecedente ou derivada, esta advinda da inconstitucionalidade de uma norma da qual depende e, aquela, da violação direta e imediata da norma constitucional, além de outras classificações existentes na doutrina.

A abordagem da concepção de inconstitucionalidade, como elemento objeto do controle de constitucionalidade das leis, é fundamental para se apreciar, antes de se adentrar o sistema brasileiro de fiscalização, os diversos modelos de controle de constitucionalidade e a influência deles na conformação do sistema brasileiro, bem como os contornos da jurisdição constitucional e as formas que esta assume.

2.3 Formação e evolução da doutrina do controle de constitucionalidade: modelos clássicos e jurisdição constitucional

A doutrina referente à existência de uma jurisdição constitucional foi, aos poucos, sendo construída pela análise e observação do modo como o poder era conduzido e as conseqüências dessa condução. Assim, teve-se como grande contribuinte a doutrina americana, no séc. XIX, com a teoria dos “freios e

¹³ Geralmente reconhece-se a inconstitucionalidade total de uma norma quando viciada no sentido formal, em vista da sua edição por um órgão incompetente, v.g.. Todavia, tal regra admite exceções como no caso de uma lei ordinária que, em um de seus dispositivos, invade competência de lei complementar, sendo inconstitucional apenas nessa parte, portanto.

¹⁴ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 47.

contrapesos” (*checks and balances*) que tomava como necessária a interferência do Legislativo em atos do Executivo e vice-versa, evitando a concentração de poder em um só órgão, no que, também o Judiciário, passa a tomar parte.

Os Estados Unidos foram os precursores desse Estado Constitucional, embora também se vislumbra-se iniciativas na França. Contudo, nos Estados Unidos, os primeiros passos ocorreram após a Independência com declarações de inconstitucionalidades no célebre caso *Marbury v. Madison*, em 1803, relatado pelo *Chief Justice* da Corte Suprema John Marshall, afirmando a supremacia jurisdicional sobre todos os atos dos poderes constituídos, inclusive sobre o Congresso dos Estados Unidos, de modo a permitir ao Poder Judiciário, mediante casos concretos postos a julgamento, interpretar a Constituição, adequando e compatibilizando os demais atos normativos com suas normas superiores.¹⁵

O modelo **americano** da *judicial review* consiste em transferir ao Poder Judiciário a fiscalização da manutenção da supremacia da Constituição, tendo como base a força vinculante das decisões judiciais, típicas dos países que adotam a *common law*, já que, ainda que uma lei continue no ordenamento jurídico, se for considerada inconstitucional pela Suprema Corte americana, ela é tida, então, como algo já sem vida jurídica. Assim, “uma lei americana, embora permanecendo *on the books*, é tornada a *dead law*, uma lei morta”.¹⁶

Qualquer órgão jurisdicional pode exercer a fiscalização constitucional, no entanto, a verdade é que a Suprema Corte, órgão de cúpula do Judiciário americano, “desempenha um papel decisivo no campo constitucional, na medida que pronuncia a última e definitiva palavra a respeito das questões constitucionais”¹⁷.

Ainda, esse controle é feito no curso de uma demanda, num juízo comparativo entre a Constituição e a legislação impugnada ante um caso concreto, podendo ser argüida a inconstitucionalidade somente pelos atingidos em seus direitos pela lei em

¹⁵ É nesse momento que desenvolve-se o exercício da jurisdição constitucional, sendo que, o caso mencionado marca uma importante posição da Suprema Corte e a separação dos poderes, uma vez que o controle desenvolvido é identificado como a posteriori, incidental e jurisdicional.

¹⁶ CAPELETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984. p. 76.

¹⁷ CLÈVE, *op. cit.*, p. 50.

desacordo com a Constituição.¹⁸

Dessarte, o modelo americano foi depois adotado por diversos países como o Brasil, a Argentina, o Canadá, entre outros, absorvendo o sistema de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, como preconizado por esse modelo. Entretanto, em que pese o modelo americano tenha inaugurado a jurisdição constitucional, outros modelos de fiscalização da constitucionalidade também surgiram em outros países, com características distintas e peculiares, conformando outros sistemas de grande destaque.¹⁹

Partindo para a análise do sistema de controle **francês**, observa-se, primeiramente, que na organização do Estado francês sempre foi bastante marcante o princípio da separação dos poderes, o que se consolidou desde a Revolução de 1.789. Assim, era inconcebível a intervenção do Judiciário em atos dos outros poderes, haja vista que este Poder apresentava uma neutralidade perigosa, atuando como simples ‘boca da lei’, de modo que abusos e ilegalidades por estes cometidos eram controlados por um órgão não judiciário, um ente distinto que apreciase as exacerbações dos poderes em sua atuação.

Optou-se, por fim, por um controle político da constitucionalidade das leis e, em 1.946, foi criado o Comitê Constitucional Francês, o qual representou o embrião do Conselho Constitucional Francês, trazido em 1.958 pela Constituição da Quinta República. Este Conselho Constitucional atua realizando o controle preventivo das leis ainda no campo de deliberação do Parlamento, ou seja, se o projeto de lei contraria dispositivos constitucionais poderá o Conselho analisar a constitucionalidade dele. No entanto, após a promulgação da lei não mais cabe qualquer manifestação contra a legitimidade constitucional dela, apenas restando às autoridades públicas o seu cumprimento.²⁰

¹⁸ Cria-se, então, com a declaração de inconstitucionalidade da lei, o chamado precedente (*stare decisis*), que passa a vincular os demais órgão judiciais e Poderes, não havendo, nesse sistema, o controle por via direta ou abstrata, mas apenas aquele relacionado a um caso concreto levado à apreciação do Judiciário.

¹⁹ Releva mencionar, portanto e ainda, os modelos francês e austríaco de controle de constitucionalidade, porquanto na esfera européia, onde não prosperou o modelo difuso/incidental americano, num primeiro momento, é de se apreciar o modelo de controle de constitucionalidade na França, até se chegar à construção austríaca de fiscalização.

²⁰ CLÈVE ressalta que “*embora o Conselho Constitucional francês seja dotado de caráter político (...), ele foi organizado de modo a alcançar uma importância, hoje, pouco contestada no quadro das instituições francesas. Sua atuação, por outro lado, vem permitindo a emergência de uma respeitabilidade sem precedentes no meio jurídico e político francês.*” (Ibid., p. 49-50).

Excepcionalmente, contudo, admite-se um controle repressivo no sistema francês, a ser realizado pelo Conselho Constitucional, a fim de analisar abstratamente a repartição constitucional de competências entre o Governo e o Parlamento (Executivo e Legislativo)²¹, tudo de acordo com a Constituição.

Em última instância, a França inclinou-se para a realização de um controle a partir de um contencioso administrativo que fiscalizasse os demais poderes e com decisões que produzissem efeito *erga omnes*, uma vez trazerem vinculação a todos os órgãos públicos franceses, não admitindo em hipótese alguma a interferência do Judiciário sobre posições do Legislativo, que ostenta, em verdade, a legitimidade construída e adquirida com a Revolução Francesa.

De outro flanco, o modelo **austriaco** de fiscalização da constitucionalidade destacou-se tanto do modelo francês, por assumir o sistema de uma jurisdição constitucional, quanto do modelo americano, uma vez que os postulados do controle não estavam baseados no sistema da *judicial review*.²²

Em 1.920, no entanto, a Áustria adotou um mecanismo de fiscalização da constitucionalidade, criando um Tribunal Constitucional com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos de modo unicamente concentrado, em oposição ao sistema criado pelo Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais.²³

O notável inspirador da teoria que foi absorvida pela Constituição de 1.920 foi o jurista austriaco Hans Kelsen, que trabalhou em defesa da jurisdição constitucional, abrindo caminho para a construção de um tipo de controle concentrado das normas, em defesa da supremacia constitucional, através da possibilidade de anulação de leis conflitantes com a Constituição.²⁴

Contudo, os posicionamentos de Kelsen não eram compartilhados por todos

²¹ MORAES, *op. cit.*, p. 584.

²² Assim como em praticamente toda a Europa continental, a Áustria confiava a elaboração e fiscalização das leis ao Parlamento até o início do séc. XX, não existindo, portanto, espaço para que se construísse doutrina a respeito do controle judicial das leis e demais atos normativos, já que a soberania do órgão mencionado já encerrava toda a legitimidade para a apreciação da validade constitucional das leis.

²³ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p.288.

²⁴ Buscava, em suma, a limitação do poder para que seu exercício se desse sem arbítrios e exacerbações, o que não implicava, em seu entender, agressão ao princípio de separação de poderes, uma vez que o controle pelo Poder Judiciário não deixa de ser a manifestação una da soberania.

de sua época, especialmente pelo alemão Carl Schmitt, havendo muitas divergências quanto ao sistema por ele assumido, notadamente quanto à alegação de que “uma lei não pode ser guardiã de outra”²⁵. No entanto, as críticas foram rebatidas pelo austríaco, tornando perfeitamente defensável a posição do Poder Judiciário como garantidor da Constituição, haja vista aquele não participar da elaboração dos textos legais e a sua parcela de poder somente ocorrer após a criação da lei e depois que se formaram os conflitos na aplicação e interpretação do texto legal.

A fiscalização da constitucionalidade encontra-se, portanto, concentrada na Corte Constitucional, não dispondo os Tribunais ordinários de competência para examinar a constitucionalidade das leis. Dessa forma, entendendo o Tribunal Constitucional que a lei padece de inconstitucionalidade material ou formal, decreta este a derrogação da mesma num ato que vinculará todos os órgãos estatais, porém, que terá efeitos aplicados da data da decisão em diante, isto é, *ex nunc*, uma vez que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é constitutiva, e não declaratória, conforme colocou o jurista austríaco.

Outrossim, além do modelo essencialmente concentrado de fiscalização da constitucionalidade, uma reforma constitucional de 1.929 passou a admitir, no sistema austríaco, o controle concreto, no decorrer de uma demanda judicial. Em casos como esses, reconhece-se o efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pelo Tribunal Constitucional. Tal controle concreto, no entanto, não podia ser realizado pelos órgãos ordinários da magistratura, mas apenas ser suscitado pelos órgãos de segunda instância²⁶, como adoção do controle difuso pelo Judiciário austríaco a partir da criação da chamada “questão constitucional” a ser suscitada durante o processamento de um feito.²⁷

²⁵ SERRANO, P. E. A. P. *O desvio de poder na função legislativa*. [S.I.: s.n.], 1997. p. 251.

²⁶ CLÈVE, *op. cit.*, p. 55.

²⁷ O modelo ora demonstrado foi assimilado também por outros países, notadamente os europeus, como a Alemanha, a Itália, a Espanha, a Grécia, dentre outros, que, muito embora tenham adotado o sistema de controle essencialmente concreto do modelo austríaco, também realizaram diversas alterações nesse sistema, de modo que particularizaram suas características no desenvolver do exercício fiscalizatório.

2.4 O controle de constitucionalidade no Brasil

No cenário brasileiro, a fiscalização da constitucionalidade não ganhou espaço no contexto da primeira Constituição do Brasil: a Constituição do Império do ano de 1.824. Tal circunstância deveu-se, notadamente, à influência francesa, que não reconhecia o controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário, mas basicamente tinha interlocução com a produção da lei; a garantia era o próprio Poder Legislativo.

Ao Parlamento, tomado como órgão soberano e dotado de representatividade popular, não era dado e nem admissível que elaborasse atos atentatórios à vontade geral, uma vez que era ele a quem cabia a *guarda da Constituição*. Esse dogma da soberania do Parlamento estancou a possibilidade do exercício da jurisdição constitucional no Brasil, juntamente com o Poder Moderador, exercido pelo Imperador, a quem competia a manutenção da “independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes”²⁸, solucionando qualquer conflito que pudesse entre eles surgir.

Nesse sentido, coloca BITTENCOURT que “num sistema em que existia sobre os três poderes normais tal ‘suprema inspeção’, é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador”²⁹.

Com a chegada da República e a promulgação da Constituição de 1.891, houve uma alteração na conformação ideológica do controle das leis, sendo inserido o controle judicial de constitucionalidade no país. Tal Constituição apresenta um modelo de fiscalização da constitucionalidade assemelhado ao praticado pelos Estados Unidos, inspirado na Suprema Corte Americana e na concessão ao juiz da possibilidade de, no caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de lei.

Apresentou-se, naquele momento, ao Brasil, o controle difuso de constitucionalidade³⁰, baseado na teoria inaugurada pelo Juiz Marshall, o qual foi,

²⁸ MELLO, O. A. B. de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Buschatsky, 1980, p. 155.

²⁹ BITTENCOURT, L. *O controle judicial de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Atualização: José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 27.

³⁰ A Constituição de 1891, no seu art. 59, § 1º, “b”, dispunha que competia ao Supremo Tribunal Federal a apreciação de decisões, em sede de recurso, quando se contestasse a validade de leis ou de atos do

posteriormente, melhor delineado pela Lei n.º 221/1894, a fim de definir a atuação dos juízes nesse controle, identificado também como controle por “via de exceção”.³¹

Contudo, a aceitação e a consciência do próprio Supremo Tribunal Federal não foi imediata quanto ao exercício da relevante atribuição que passou a sustentar, uma vez que, “inicialmente, não se deu conta o Supremo Tribunal Federal, composto em sua grande maioria de membros advenientes do Supremo Tribunal de Justiça do Império, que não conheciam esse poder. Foi Rui Barbosa que em 1893, a propósito de causa por ele patrocinada, sustentou que cabia aos juízes e tribunais examinar a constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, negando-lhes aplicação ou execução quando violadores da Constituição”³².

No séc. XX, entretanto, outra forma de controle de constitucionalidade surge no cenário brasileiro, de modo a limitar subjetivamente a possibilidade de questionamento de uma lei contrária à Constituição, haja vista que somente a alguns foi atribuída legitimidade para atuar em sede deste controle: a via direta e concentrada da fiscalização judicial da constitucionalidade.

Em que pese para BONAVIDES o controle por via de exceção seja o mais apto a promover a defesa do cidadão contra atos normativos do Poder³³, a Constituição de 1.934 representou um expressivo passo para uma futura assunção, pelo ordenamento brasileiro, do controle abstrato de constitucionalidade, embora, frise-se, não tenha implantado no Brasil, por ora, a forma de controle mencionado.

Faz-se o destaque dessa forma, porquanto essa Constituição apresentou três expressivas inovações na fiscalização difusa da constitucionalidade, quais sejam, a exigência de maioria absoluta dos juízes responsáveis pelo julgamento, no caso de declaração de inconstitucionalidade (art. 179 da citada Carta); a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de lei ou ato atentatório à Constituição, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, a fim de se atribuir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal (art. 91, IV); e, por

governo dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerasse válidos estes atos, ou estas leis impugnadas.

³¹ O Judiciário passou a exercer, portanto, um controle difuso, incidental (enquanto prejudicial de mérito) e sucessivo de fiscalização da constitucionalidade, ou seja, *a posteriori* da formação legal.

³² ALVES, J. C. M. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 2.

³³ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 305.

fim, a criação da representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal, criando a ação direta interventiva (art. 12, § 2º).³⁴

Ao seu turno, a Constituição de 1.937, outorgada por Getúlio Vargas, promoveu certo retrocesso quanto ao construído pela Constituição de 1.934. Isso porque foi mantida a estrutura da Constituição de 1.891, no tocante ao controle difuso, e, quanto às inovações trazidas pela Carta de 1934, apenas reproduziu o disposto na primeira inovação acima enunciada, qual seja, a manutenção da necessidade de maioria absoluta para o julgamento de inconstitucionalidade de lei pelos tribunais.

Tal feição, embora infirmadora da supremacia do Judiciário e enfraquecedora do Legislativo, deve-se, naturalmente, à intenção dominante daquela Carta, haja vista que, no contexto do Estado Novo, o Executivo assumiu evidente proeminência, buscando seu fortalecimento³⁵. Nesse sentido, BARROSO afirma que houve rompimento com a independência e harmonia dos Poderes, pela atribuição de supremacia ao Executivo³⁶.

Em 1946, a nova Constituição acompanhou a reestruturação democrática do país, resgatando integralmente a *judicial review* e sustentando a competência do Senado de suspensão de lei declarada inconstitucional, por meio do controle difuso de constitucionalidade, mas não de qualquer juízo ou Tribunal, porém apenas de decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal³⁷, conforme dispunha o art. 64 dessa Carta Constitucional.

No entanto, a circunstância de maior destaque ocorrida durante a vigência da Constituição de 1946 foi a Emenda Constitucional n.º 16 de 1965, instituindo no ordenamento jurídico brasileiro a fiscalização abstrata da constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, através da reforma do art. 101, inciso I, alínea “k” daquele diploma, que passou a dispor da seguinte forma: “Ao Supremo Tribunal

³⁴ A terceira inovação demonstrada teve o condão, portanto, de abrir caminho para a legitimação ativa das ações diretas de inconstitucionalidade, bem como as ações declaratórias de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

³⁵ MELLO, J. L. A. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 1190.

³⁶ BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23.

³⁷ POLETTI, R. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 96.

Federal compete processar e julgar originariamente a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Essa representação de constitucionalidade representou uma expressiva mudança no constitucionalismo brasileiro, pois assumiu o controle concentrado e abstrato, tendo como escopo a declaração de inconstitucionalidade. Nesse momento, o Supremo Tribunal Federal se configurou nos moldes das Cortes Constitucionais Europeias e o Brasil foi se aproximando de tal experiência, especialmente em relação à Constituição italiana, portuguesa, porém notadamente a alemã.³⁸

A Constituição de 1967 e a Emenda produzida em 1969 apenas reproduziram a ordem então vigente, com exceção da competência estadual, retirando do texto constitucional a possibilidade de representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual, mas prevendo expressamente a possibilidade de medida cautelar solicitada pelo Procurador-Geral da República nas representações por ele encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal.

O sistema brasileiro de combinação do modelo difuso-incidental com o concentrado-principal de controle da constitucionalidade aprimorou-se, finalmente, com a Constituição de 1988, a qual manteve, basicamente, o modelo de fiscalização presente na Constituição de 1967/1969, apresentando, no entanto, importantes alterações.

Salienta-se como algumas das novas disposições do diploma de 1988, portanto, a ampliação da legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, antes denominada representação; o recurso extraordinário passa a atender casos estritamente de lesão ao texto constitucional; instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção; admitiu-se, pelos Estados-membros, a ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual; criou-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental; inseriu-se dispositivo que prevê a defesa da

³⁸ É interessante observar, como destaca CLÈVE, o momento histórico em que foi incluído no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade das leis, haja vista “ter sido instituído em nosso país pelo regime militar, especialmente porque este mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.” (CLÈVE, *op. cit.*, p. 70.)

lei impugnada pelo Advogado-Geral da União; e, finalmente, pela Emenda Constitucional n.º 03 de 1993, instituiu-se a ação declaratória de constitucionalidade de lei e ato normativo federal face da Constituição Federal, de competência do Supremo Tribunal Federal.

Denominando-a de ação direta de inconstitucionalidade, a Constituição de 1988 deu uma nova e significativa extensão à representação de inconstitucionalidade pela outorga de ampla legitimidade ativa, o que emprestou ao controle concentrado uma dimensão social e um significado prático que antes não tinha.

Assim, como bem anotou MENDES, “A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.”³⁹

Dessarte, antes da Constituição de 1988, o controle difuso era mais expressivo que o controle concentrado, noção que foi invertida após a promulgação dessa Carta, assumindo a fiscalização abstrata papel que nunca tinha assumido no cenário brasileiro.⁴⁰ A tendência atual no Brasil é a concentração do controle nos Tribunais Superiores, conduzindo à infirmação do caráter subjetivo do controle de constitucionalidade difuso e aumentando o poder do Supremo Tribunal Federal nessa colocação.

Por derradeiro, a Lei n.º 9.868/99, a seu turno, trouxe precisamente a regulação do procedimento das ações constitucionais, estabelecendo o aspecto processual a ser seguido no trâmite do controle concentrado de constitucionalidade tanto pela ação direta quanto pela ação declaratória e, mais especificamente, a possibilidade de deferimento de medidas cautelares para ambas as ações.

Em face do resgate histórico do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, passa-se para a apreciação dos tipos de controle e seus mecanismos, a fim de se analisar a aplicação destes conforme o Diploma Constitucional vigente.

³⁹ MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 80.

⁴⁰ Tal tendência de concentração continua com a ação declaratória de constitucionalidade, muito embora tenha sido e ainda seja este mecanismo bastante criticado, uma vez que poderia suprir sua intenção o próprio aprimoramento da ação direta.

2.5 O controle difuso da constitucionalidade

O controle difuso de constitucionalidade é aquele que permite a todo juiz ou tribunal, no exercício jurisdicional, fiscalizar a constitucionalidade de determinadas leis e atos normativos em face de casos concretos, procedendo à análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.⁴¹

Em tal modalidade de controle, o juízo de compatibilidade da norma não é feito enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas mera questão prejudicial necessária ao julgamento do mérito, do pedido principal, ou seja, figura como causa de pedir da ação. Assim, a apreciação judicial do tema constitucional é feita de modo incidental, pois “o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade apenas para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior”⁴².

No entanto, com a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato, estes permanecem válidos no que se refere à força obrigatória que apresentam em relação a terceiros, porquanto “a via de defesa ou exceção limita-se a subtrair alguém dos efeitos de uma lei ou ato com o mesmo vício”⁴³. Dessa forma, esse tipo de controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional, ou seja, apresenta efeitos *inter partes*.

Outrossim, não é possível a admissão de controle concreto se a discussão envolve interpretação de lei em tese, haja vista que o provimento judicial deve pôr fim a litígio concreto e individualizado, em verdadeira fiscalização de constitucionalidade voltada à resolução de conflito de interesses instaurado entre as partes. Existe, portanto, a possibilidade do juiz, em sendo provocado ou ainda de ofício, apontar a incompatibilidade da lei ante a Constituição Federal e, por conta disso, negar-se a aplicá-la no caso concreto em apreciação.

⁴¹ A fiscalização concreta da constitucionalidade, como visto, surgiu no contexto norte-americano, a partir da célebre decisão do *Chief Justice* John Marshall, quando o Judiciário, no curso de um caso qualquer, poderia apreciar uma questão de constitucionalidade, argüida *incidenter tantum*, visando atacar o ato, fato, ou conduta que se pretenda praticar com base na lei impugnada.

⁴² MORAES, *op. cit.*, p. 587.

⁴³ BASTOS, *op. cit.*, p. 397.

A princípio, esse controle admitia a alegação de inconstitucionalidade apenas em sede de defesa, numa atitude passiva do cidadão afetado pela lei. Todavia, com notável alteração da postura doutrinária, houve um elastecimento do campo de atuação do atingido pela norma inconstitucional, de modo que lhe é possível provocar a jurisdição especialmente para postular ao Estado-juiz o exercício do controle de constitucionalidade difuso.⁴⁴

Através do controle por via de exceção qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo. Contudo, a legitimidade ativa para tanto é ostentada por aqueles que integram a relação processual, tanto como partes quanto como terceiros, inclusive o Ministério Público, ainda que atue, no caso, como *custos legis*.

Assim sendo, importa destacar, também, que quando a declaração de inconstitucionalidade decorre de decisão proferida por Tribunal, verifica-se o Princípio da Reserva de Plenário, o qual, encartado no art. 97 da Constituição Federal, determina que a declaração de inconstitucionalidade só pode ser válida se proferida com voto de maioria absoluta dos membros do Tribunal competente ou dos membros do órgão especial, em sessão plenária.

Outro elemento importante da fiscalização concreta da constitucionalidade é que, em o Supremo Tribunal Federal decidindo o caso, poderá declarar incidentalmente, nos termos do art. 97 da Constituição, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Com isso, o Senado Federal pode ser comunicado para que, conforme disposição do art. 52, X, da Constituição Federal, por meio da espécie normativa resolução, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o que será feito não de maneira vinculada, mas sim discricionária, conforme as razões políticas que se revelarem convenientes ao Senado.

A grande relevância da suspensão da lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, relaciona-se com os efeitos que

⁴⁴ Ressalte-se, no entanto, que tal aspecto de defesa ou provocação da jurisdição para manifestação quanto à inconstitucionalidade de lei não é condição exclusiva para se ter exercitado o controle difuso, haja vista que o juiz pode, atuando “de ofício”, verificar o descompasso da lei e do ato normativo questionados em relação à Constituição.

tal decisão produz na medida que é declarada. Assim se coloca, haja vista que, dentro da esfera *inter partes* que a declaração concreta de inconstitucionalidade atinge, esta desfaz, desde sua origem, o ato reputado inconstitucional, bem como todas as conseqüências dele derivadas, tendo em vista que os atos inconstitucionais são nulos. Dessa forma, entre as partes do processo, em regra, os efeitos da declaração são retroativos, *ex tunc*, portanto, alcançando, inclusive, os atos pretéritos com base nessa lei praticados⁴⁵, uma vez que, “no sistema difuso, a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para o caso é sua nota característica.”⁴⁶, porquanto não teria como conceber o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei sem que a retroatividade atingisse a relação jurídica desde o princípio.

Entretanto, quando o Senado Federal suspende a eficácia da lei ou ato normativo, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, este ato terá efeito *erga omnes*, e, assim, efeito vinculante, porém será *ex nunc*, ou seja, apresentará projeção para o futuro, uma vez que seus efeitos ocorrerão a partir da publicação da resolução editada pelo Senado Federal.

Em face da apreciação do mecanismo e características da fiscalização abstrata da constitucionalidade, passa-se para a verificação das peculiaridades do mecanismo concentrado de realização desse controle.

2.6 O controle concentrado da constitucionalidade

O controle de constitucionalidade por via de ação direta, também denominado controle concentrado, inspirado no direito austríaco, como visto oportunamente, funda-se na apreciação da constitucionalidade de lei ou ato normativo⁴⁷ por um órgão

⁴⁵ Nesse sentido, como ressalta MENDES, há exceções quanto à eficácia retroativa no controle em concreto, não atingindo as chamadas ‘fórmulas de preclusão’, como a sentença passada em julgado, a prescrição, a decadência, entre outras, que são imunes aos efeitos pretéritos tomados pela decisão proferida no exercício da fiscalização concreta da constitucionalidade. (MENDES, G. F.. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 214.)

⁴⁶ PALU, O. L. *Controle de constitucionalidade: conceitos sistemas e efeitos*. 2. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 269.

⁴⁷ Impõe-se destacar que a lei ou ato normativo são considerados como a normativa objeto que é colocada em questão em relação à normativa para métrica, identificada esta pelo bloco constitucional. Assim, lei e ato normativo são os atos veiculados pelas espécies legislativas discriminadas no art. 59 da Constituição Federal. Dessarte, tendo a lei efeitos genéricos, abstratos e impessoais, não pode ser atacada pelo remédio constitucional representado pelo mandado de segurança, mas apenas pela ação direta de inconstitucionalidade.

encarregado de dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição, o qual ostenta exclusividade para o exercício do controle judicial e abstrato de constitucionalidade, estando este em franca oposição ao que se configura no modelo norte-americano.

Esse tipo de controle ganhou grande destaque com a Constituição Federal de 1988, ampliando os horizontes da ação direta de inconstitucionalidade e trazendo, ainda, outras figuras que se encontram nesse plano. Para CLÈVE, “o modelo concentrado vai, mais e mais tomando espaço no Brasil, mesmo sendo país que não possui um Tribunal Constitucional e que adota, ao lado da incidental, a fiscalização abstrata”.⁴⁸

O controle concentrado, de maneira genérica, representa a inauguração de um processo junto ao órgão competente para julgar a inconstitucionalidade abstrata e tem como escopo obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, uma vez que o objetivo é atingir a invalidação da lei, e a conseqüente exclusão desta do ordenamento jurídico, a fim de se garantir, em última análise, a segurança das relações jurídicas.

Dessa forma, importa destacar que o objeto principal desta ação é a própria declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. Com efeito, não há composição de lide no exercício desse controle, porquanto ela não apresenta, nessa circunstância, o sentido atribuído à lide por Carnelutti⁴⁹, haja vista que no controle abstrato não há conflito de interesse entre duas partes, não versando sobre um caso concreto.⁵⁰

No sistema brasileiro, por sua vez, o controle concentrado da constitucionalidade é exercido perante o Supremo Tribunal Federal em relação a leis ou atos normativos em desconformidade com a Constituição Federal, e perante o

⁴⁸ CLÈVE, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁹ O sentido de lide, para Carnelutti, “pode se definir como um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida). O conflito de interesses é seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal.” (CARNELUTTI, F. *Instituições do processo civil*. Tradução: Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. p. 77-78.). Naturalmente, não é possível o reconhecimento de lide quando se trata de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que não há concreta pretensão resistida quando se impugna, em tese, a constitucionalidade de certo lei ou ato normativo.

⁵⁰ Ainda, outra grande vantagem que esse tipo apresenta é o poder de oferecer uma resposta definitiva sobre o quanto questionado, bem como solucionar a controvérsia em tempo menor do que a decisão proferida por meio do sistema de controle difuso. (ANDRADE FILHO, E. O. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 46.)

Tribunal de Justiça, quando, no âmbito dos Estados, investiga-se a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Outrossim, cumpre destacar que existem várias espécies de controle concentrado de constitucionalidade que foram contempladas pela Constituição Federal⁵¹. Todavia, para fins de análise geral do controle abstrato, será apreciada especificamente a ação direta de inconstitucionalidade, como paradigma na avaliação desse modelo.

A ação direta de inconstitucionalidade, portanto, está prevista no art. 102, I, “a” da Constituição Federal, o qual dispõe que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

Diferentemente do controle difuso, tal instrumento busca a invalidação de lei ou ato normativo em tese, expurgando do ordenamento jurídico a norma considerada inconstitucional, além de tal declaração representar o pedido da ação intentada e não apenas a causa de pedir, a questão incidental, como o é em sede de controle concreto.

O cabimento afigura-se em casos de desconformidade de lei ou ato normativo *federal, estadual e distrital*, em face da Constituição Federal, que tenham sido editados após a promulgação desta Constituição e que ainda estejam em vigor, uma vez que não se admite a propositura da ação direta quando a lei ou ato normativo já tenha sido revogado ou que tenha exaurido a sua eficácia, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.⁵²

Tal ação direta é manifestação clássica de um controle concentrado, o qual se desenvolve por um processo objetivo e não derivado de relação jurídica concreta. Assim, é um processo sem partes, no qual não se cogita a existência de juízes impedidos, bem como não admite que o proponente decline do feito.⁵³

⁵¹ No plano do controle concentrado tem-se a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”), a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, in fine; EC n.º 03/93).

⁵² MORAES, *op. cit.*, p. 607.

⁵³ Essa determinação encontra-se no próprio art. 5º da Lei n.º 9.868/99 que trata do procedimento das ações direta e declaratória no Supremo Tribunal Federal.

Adentrando a esfera atinente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em relação à Constituição Federal, discutiu-se, primeiramente, se tal declaração tomaria o ato como inexistente, nulo ou anulável. Nesse sentido, há opinião para todas as hipóteses, todavia, para SILVA, não é possível transportar para o constitucionalismo a teoria privatística das invalidades de modo que, para ele, a declaração da inconstitucionalidade, pela via direta, desfaz a presunção de validade constitucional, constante no teor do art. 103, §3º, da Constituição, em favor das leis ou atos normativos do Poder Público, o que ocorre quando “incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição”⁵⁴.

Assumindo a perspectiva esposada, tem-se que quanto ao efeito da sentença de procedência proferida em sede de ação direta, esta terá eficácia *erga omnes* e vinculante dos demais órgãos do Poder Executivo e Judiciário, assim como eficácia retroativa, isto é, *ex tunc*, desfazendo desde a origem o ato declarado inconstitucional e as suas conseqüências.

Contudo, retomando o há pouco mencionado, embora sejam esses os efeitos considerados a princípio pela declaração de inconstitucionalidade, o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 determina que o Supremo Tribunal Federal poderá modificar o espaço temporal em que tem eficácia a decisão proferida na ação direta, restringindo sua retroatividade, de modo a atender o interesse social e a segurança jurídica, quando estes possam ser violados pelo desfazimento dos atos pretéritos.

Por derradeiro, o Supremo Tribunal Federal decidirá a ação por maioria absoluta de seus membros e atribuirá os respectivos efeitos, nos termos já apreciados. No entanto, vale ressaltar que a ação direta, assim como a declaratória, tem caráter dúplice, haja vista que a procedência da ação tem o condão de declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo e expurgá-lo do ordenamento jurídico, assim como a improcedência da ação tem o condão de declarar a sua constitucionalidade, não podendo mais esta ser questionada judicialmente ou desrespeitada em qualquer instância executiva, exceto se houver uma alteração legislativa que a revogue ou altere a sua redação.

⁵⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 53.

3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.1 Origem histórica e conceito

Na estrutura do Estado Liberal, sustentou-se o império da lógica individualista do direito, herdada da Revolução Francesa, que demonstrava grande repulsa à noção de formações sociais intermediárias como detentoras de direitos transindividuais. O último século, por sua vez, ofereceu diversos fenômenos sociais que, baseados em articulações e movimentos, foram, paulatinamente, configurando-se. Todavia, importa relevar que os direitos coletivos não surgiram apenas com a evolução da sociedade no contexto do último século, mas apresentam manifestações bastante remotas, desde o direito antigo inglês do séc. XVII até adquirir expressivo desenvolvimento no direito norte-americano do séc. XIX.⁵⁵

Tais fenômenos sociais, no entanto, trouxeram a perspectiva de uma nova categoria de direitos, os quais não mais se encontrariam adstritos à noção de indivíduo ou ao ser humano singularmente considerado, mas sim ligados à uma consideração social desse sujeito, encontrando-se situado entre o individual e o Estado e resgatando a clássica dicotomia entre o público e o privado, bem assim, no caso, as interseções entre essas esferas, o que conforma, também, a consecutória defesa da superação dessa dicotomia.

Nessa esteira, bem destaca SAKAMORI que:

A percepção desses novos direitos conduz, primeiro, ao reconhecimento da autonomia e personalidade jurídica desses grupos intermediários e, agora mesmo, só muito recentemente, de que aos mesmos se faculta atuar extra e judicialmente na tutela de seus membros, o que é, em última análise, a própria razão de existirem. Embora a identificação dos interesses coletivos não esgote o conteúdo dos direitos transindividuais, não há como deixar de considerar que se consubstanciou num passo extremamente significativo na conceituação dos direitos difusos.⁵⁶

Ante essa nova configuração, impôs-se uma alteração na percepção do

⁵⁵ Nesse sentido, ver ARENHART, S. C. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. Coleção Temas atuais de direito processual civil, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 141.

⁵⁶ SAKAMORI, M. *Do controle da constitucionalidade em ação civil pública*. Curitiba, 2001. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 14.

processo que apenas abarcava mecanismos de tutela de direitos individuais, para também assumir a noção coletiva da tutela, respeitante aos interesses transindividuais e metaindividuais, tendo, assim, como titulares, grupos, classes ou até a sociedade como um todo, de maneira indeterminada.

Os conflitos de massa, portanto, vêm ganhando grande relevância no cenário de busca da prestação da tutela jurisdicional pelas comunidades atingidas por uma agressão aos seus direitos coletivamente considerados, por essa razão, faz-se necessário ressaltar a criticada inefetividade do processo civil para dar conta da dimensão dessas demandas e das repercussões que estas produzem.

Assim se coloca, porquanto a atual configuração do processo civil já apresenta expressiva dificuldade em face das demandas resolúveis em termos de jurisdição singular, o que, naturalmente, se enfatiza no que tange à solução de conflitos de massa, de modo que se tem argüido a necessidade de revisão dos princípios e preceitos que fundam o processo individualista clássico⁵⁷, uma vez que a demanda social reclama por novas estruturas e lógica na busca de efetivação de seus direitos.

Neste momento, passa-se à necessária avaliação da dimensão positiva e processual, bem como a perquirição mais aprofundada da noção dos interesses enunciados à garantia, por meio da ação civil pública, a fim de se efetivar compreensão mais lata do instituto processual e suas dimensões.

3.2 Panorama positivo no Direito brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro teve, como primeiro diploma para a garantia dos direitos transindividuais, a disciplina da ação popular, sob a Lei n.º 4.717, em 1.965, destinada a defender os interesses de caráter geral, não obstante já existissem, anteriormente, outras leis que previam a possibilidade de associações demandarem para a proteção coletiva de seus membros, bem assim outros estatutos, mas sem a intenção revelada na lei da Ação Popular, como aponta ARENHART⁵⁸.

No entanto, fazia-se necessária a criação de instrumento com maior grau de eficácia, na medida em que possibilitasse um organismo ou ente agir em nome próprio

⁵⁷ Ibid., p. 20.

na defesa de interesses alheios, para além do condicionamento existente no art. 6º do Código de Processo Civil.

Sob tal condão é que surgiu, em 1.985, a ação civil pública, naturalmente de caráter instrumental e cunhada para oferecer proteção jurisdicional aos interesses de índole coletiva, além de atuar como mecanismo de participação popular no Estado.

Em última instância, a ação civil pública é tida como “fator de mobilização social e instrumento da cidadania”, uma vez ser “via processual adequada para impedir ou reprimir danos ao consumidor e a outros bens tutelados”⁵⁹.

Pontualmente, a ação civil pública está disciplinada pela Lei n.º 7.347/85 e, supletivamente, pelo Código de Defesa do Consumidor, representado na Lei n.º 8.078/90, conforme disposto no seu art. 90, prestando-se à defesa tanto de interesses difusos quanto coletivos e individuais homogêneos, como será visto oportunamente. Dessa forma, não cabe valer-se dela para amparar direitos em pleito singular ou litisconsorcial, mas apenas os interesses referidos na Lei da Ação Civil Pública.

Em relação a esses últimos, vale destacar que a Constituição e a legislação esparsa resguardam a proteção do patrimônio público e social (art. 129, III), a proteção dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V), a proteção dos portadores de deficiência (Lei n.º 7.853/89), a proteção dos investidores do mercado imobiliário (Lei n.º 7.913/89), a proteção do consumidor, já mencionado, a proteção ao patrimônio público em caso de enriquecimento ilícito de agente (Lei n.º 8.429/92), bem como a proteção da criança e do adolescente (Lei n.º 8.069/90, art. 208 e seguintes.), além da inclusão, por parte da doutrina, da proteção da vida e da saúde, da higidez do mercado financeiro, da “correta instituição de tributos”⁶⁰, dos aposentados e do meio ambiente de trabalho, conforme sustenta NERY JÚNIOR⁶¹, quanto ao último

⁵⁸ ARENHART, *op. cit.*, p. 151-152.

⁵⁹ ALMEIDA, J. B. de. A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 32, p. 9-15, out./dez., 1999. p. 9.

⁶⁰ A Medida Provisória n. 2180-35/2001, reeditada pela 35ª vez, em face da ultra atividade advinda com a EC n.º 32, incluiu no art. 1º da Lei 7.347/85 os seguintes dispositivos: “V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI- à ordem urbanística. Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”, impedindo a manutenção da propositura de ação civil pública a respeito dessas matérias e promovendo a alteração do objeto da ação, em relação às possibilidades na redação originária.

⁶¹ NERY JÚNIOR, N.; MILARÉ, É. (Coord.). O MP e as ações coletivas. In: _____. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 357-358.

mencionado.

Em vista da dimensão positiva que pode ser alçada aos meios de garantia previstos no mecanismo processual da ação civil pública, cabe, a partir desse ponto, a verificação mais particularizada da noção de interesse, bem como os interesses metaindividuais, notadamente os difusos, coletivos e individuais homogêneos, para, então, adentrar o âmbito das singularidades processuais da Lei n.º 7.347/85, mormente a sentença e a eficácia da coisa julgada.

3.3 A noção de interesse e a sua qualificação transindividual

Num primeiro momento a distinção a ser abordada fica no plano do conceito de interesse. Assim, para além da noção de interesse de fato ou interesse jurídico, os quais se diferenciam apenas no ponto em que a relação que une um indivíduo com determinado bem da vida, quanto ao segundo, é disciplinado pelo direito, releva a distinção entre interesse público e interesses difusos e coletivos para possibilitar o trânsito no campo dos interesses ditos metaindividuais.

Dessarte, o interesse público apresenta acepções em vários sentidos. O conceito de interesse público primário alcança o interesse do bem geral, o interesse da sociedade ou da coletividade com um todo, sendo aqui incluídos os seus valores mais importantes, inclusive direitos indisponíveis. O interesse público secundário, a seu turno, é aquele do ponto de vista da Administração, isto é, como os órgãos da estrutura estatal percebem o interesse público, o que implica destacar que nem sempre o interesse da Administração coincide com o interesse da comunidade, não raro se contrapondo em vista das políticas assumidas pelo administrador público.

MAZZILLI coloca essa questão de maneira um pouco distinta, em que pese atingindo a mesma compreensão, na medida em que afirma que o interesse público consiste na contraposição do interesse do Estado ao interesse do indivíduo, distinguindo-o do interesse privado que consiste na contraposição dos indivíduos em seu inter-relacionamento⁶². Contudo, essa dicotomia público-privado, que permeia a

⁶² MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 43.

formação de nosso ordenamento jurídico, tem sofrido severas críticas nas últimas décadas, tendo em vista que a concepção atual de interesse público se tornou “equivoca, quando passou a ser utilizada para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade(...). O próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como conceito do Estado e passa a identificá-lo com o bem geral, ou seja, o interesse geral da coletividade ou o interesse da coletividade como um todo.”⁶³ ⁶⁴

Outrossim, com o reconhecimento da categoria intermediária de interesses que são mais que individuais, mas não propriamente estatais, a idéia de interesse público, estritamente, não pode ser considerada, uma vez que estes se localizam entre o interesse público, tomado mais na acepção primária de bem comum acima deduzida, e o interesse privado, de modo que são denominados *interesses transindividuais*⁶⁵, haja vista que são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas.

Em análise do plano processual, vê-se que tais interesses não o são apenas porque são compartilhados por uma coletividade numa relação jurídica ou fática, mas também porque se tem a necessidade de que o acesso individual à prestação da tutela jurisdicional seja substituído por uma ação coletiva apta a evitar decisões contraditórias e, principalmente, conferir maior eficiência na solução da lide ante todo o grupo potencialmente lesado.

3.4 Os interesses difusos

Os interesses transindividuais foram trazidos para o direito objetivo, analisados em três categorias, haja vista que a Lei da Ação Civil Pública menciona essas espécies de interesse, porém que foram explicitadas, efetivamente, com o disposto no art. 81, parágrafo único, e incisos do Código de Defesa do Consumidor, salientando que a doutrina não se afasta das definições trazidas com a lei, de modo que

⁶³ Id.

⁶⁴ Cabe destacar, como fez o autor acima citado, na obra mencionada, que tal perspectiva é o que o Código de Processo Civil apregoa quando, no seu art. 82, III, limita a atuação do Ministério Público às causas em que haja “interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte”.

⁶⁵ A respeito da questão de direito subjetivo e interesse, ver GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 17-18.

revela um acerto do legislador.

Assim, no art. 81, parágrafo único, inciso I, tem-se o que são interesses ou direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Nesse tocante, VIGLIAR sustenta que são os interesses difusos os “interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso”⁶⁶. Para ZAVASCKI, “não têm titular individual e a ligação entre vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. (...) são insuscetíveis de apropriação individual, de transmissão, seja *inter vivos* ou *mortis causa*, e de renúncia ou transação.”⁶⁷, assim, mesmo que exista uma relação jurídica compartilhada entre as pessoas não determinadas ou determináveis, o interesse difuso decorre da relação fática existente entre elas, como se pode concluir do exemplo de que, em caso de propaganda enganosa pela televisão, não há dúvida que se versa sobre questões fáticas e jurídicas, no entanto, o que congrega a coletividade para fins de proteção difusa é o *fato* do acesso efetivo ou potencial à propaganda enganosa.

Note-se que o interesse difuso não representa a mera somatória dos interesses individuais, mas é o “fio condutor” que agrega esses interesses, de modo que revelem a sua indivisibilidade com o interesse do outro, caracterizando-se como tal, como é possível nitidamente observar nos casos de violação ao *meio ambiente*. Nesses casos, há a impossibilidade de se identificar e determinar quem são os integrantes da coletividade que tenham interesse em manter o equilíbrio do ambiente, uma vez que todos, independentemente e com variabilidade do grau de intensidade, têm esse interesse.

Assim sendo, tem-se que as três⁶⁸ características dos interesses difusos encontram-se na indeterminação dos sujeitos, na indivisibilidade do objeto e na

⁶⁶ VIGLIAR, J. M. M. *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 42.

⁶⁷ ZAVASCKI, T. A. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 78, p. 32-49, abr./jun., 1995. p. 34.

⁶⁸ MANCUSO vislumbra, ainda, uma quarta característica que seria a denominada ‘intensa litigiosidade interna’, baseado no fato de que, para ele, os interesses difusos “estão soltos, fluidos, desagregados, disseminados entre segmentos sociais mais ou menos extensos; não têm um vínculo jurídico básico, mas exsurtem de aglutinações contingenciais, normalmente contrapostas entre si.” (MANCUSO, R. de C. *Interesses difusos: conceito e legitimação para argüir*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 78.).

existência de um vínculo fático ligando os sujeitos entre si⁶⁹. A primeira refere-se à impossibilidade de delimitação do número preciso de pessoas afetadas (indeterminadas e indetermináveis); a segunda é elemento indispensável para que o direito seja considerado metaindividual, tendo em vista que a solução do problema atingirá a todos os afetados, já que “não se pode identificar o quinhão do direito de que cada integrante do grupo possa ser titular”⁷⁰; e a terceira já foi objeto de análise acima, quando da menção à ocorrência de um vínculo fático ensejador do direito difuso.

3.5 Os interesses coletivos

Os interesses coletivos, por sua vez, também apresentam definição no Código de Defesa do Consumidor que, no seu art. 81, parágrafo único, inciso II, dispõe que são interesses ou direitos coletivos “os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular, grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Nesse sentido, manifesta-se MAZZILLI que muito embora o CDC se refira ser “uma relação jurídica básica o elo comum entre os lesados que comungam o mesmo interesse coletivo, ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá, propriamente, da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada que une todo o grupo”⁷¹. Ainda, VIGLIAR coloca que “são interesses que compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos, determinável de pessoas, dizendo respeito a um grupo, classe ou categoria”⁷².

Importa destacar que tanto os interesses difusos quanto os coletivos são indivisíveis no tocante ao objeto, mas se diferenciam pela origem da lesão e pela abrangência do grupo, haja vista que nos difusos os titulares são indetermináveis e nos coletivos determináveis, bem como aqueles são oriundos, mormente, de circunstâncias

⁶⁹ SOUZA, M. C. de. *Interesses difusos em espécie*: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 146.

⁷⁰ CARVALHO FILHO, J. S. *Ação civil pública* – comentário por artigos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 31.

⁷¹ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 50.

⁷² VIGLIAR, *op. cit.*, p.48.

fáticas e, estes, de uma relação jurídica básica que liga o grupo considerado entre si ou com terceiro, destacando que, conforme afirma WATANABE, “essa relação jurídica-base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas”⁷³.

Esse autor afirma, ainda, que mesmo sem haver organização, os interesses coletivos apresentam uma identidade tal que, independentemente de haver uma reunião formal em torno de certa entidade representativa, eles formam uma unidade, já que a sua natureza é indivisível, e podendo, sem objeções, buscar a proteção jurisdicional desses direitos.⁷⁴

À título de ilustração, tem-se como caso de interesse coletivo a pretensão de anulação de uma cláusula ilegal de um contrato de adesão, porquanto o grupo lesado estará ligado por uma relação jurídica básica, comum a eles, mas que os ligam a um terceiro, nesse caso, e que deverá ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo atingido.

3.6 Os interesses individuais homogêneos

Por derradeiro, os interesses individuais homogêneos, não constantes da Lei da ação civil pública, uma vez que esta apenas menciona os direitos difusos e coletivos no seu art. 1º, IV, mas apresentados pelo Diploma Consumerista, são conceituados, igualmente, no art. 81, parágrafo único, inciso III, como “os decorrentes de origem comum”.

Grandes dificuldades têm surgido quanto a esses direitos, “quer no plano teórico como no prático, para bem precisar e bem caracterizar tais direitos, de forma a evitar sua identificação ou com os direitos coletivos ou com o mero litisconsórcio plúrimo, este, em princípio, reservado à iniciativa dos interessados diretos, segundo o princípio dispositivo.”⁷⁵

⁷³ WATANABE, K. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 503-504.

⁷⁴ Ibid., p.505.

⁷⁵ CARNEIRO, A. G. Ação Civil Pública – Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 2, n. 12, p. 5-13, jul./ago., 2001. p. 7.

Nessa seara, MAZZILLI ressalta que “em sentido lato, os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos”⁷⁶, no entanto, certo é que essa metaindividualidade não é da essência de tais interesses, considerando que, são, de fato, individuais.

Os interesses individuais homogêneos, assim como os difusos, originam-se de circunstância de fato que são comuns aos elementos do grupo, todavia, a titularidade dos primeiros é perfeitamente determinável, de modo a se destacar com precisão os afetados pela situação fática comum, bem como o objeto se caracteriza por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo, em suma, são um “feixe de direitos subjetivos individuais, marcado pela nota da divisibilidade”.⁷⁷ Já para os segundos, a titularidade é indeterminável e o objeto não é passível de ser aferido individualmente, posto ser indivisível.

Como exemplo, figura bastante elucidativa a hipótese aventada pelo autor imediatamente mencionado, uma vez que é um típico caso de interesse individual homogêneo uma ação de reparação de danos movida pelos compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Nota-se que o direito à indenização de cada comprador é divisível, haja vista estar ligado ao dano advindo de cada veículo defeituoso, para cada comprador.

Dessa forma, não se pode confundir uma circunstância como esta a um caso de interesses coletivos, tendo em vista que, quando coletivos, a ação civil pública promovida deveria ser decidida de maneira indivisível para todo o grupo, impedindo a verificação singularizada de cada elemento, em que pese conectados a uma mesma circunstância fática, na configuração da dita ‘origem comum’.

Em face das características desses direitos, quando houver provocação para a prestação da tutela jurisdicional, “não se estará diante de pluralidade subjetiva de demandas (como ocorre com o litisconsórcio ativo). Os interesses individuais homogêneos são passíveis de ser defendidos, numa única demanda, pelo substituto processual de seus titulares.”⁷⁸.

Assim, podem tais interesses cindir-se de modo que cada um dos seus titulares

⁷⁶ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁷ GIDI, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁸ VIGLIAR, *op. cit.*, p.51.

busquem isoladamente evitar a lesão ou a reparação do dano, haja vista que a reunião em uma só demanda é acidental, não é obrigatória⁷⁹. A diferença dos interesses individuais homogêneos é que o portador do direito pode optar em ajuizar ação de maneira isolada ou aguardar pela demanda coletiva, o que não ocorre com as ações essencialmente coletivas, pois o detentor do direito difuso ou coletivo não tem essa discricionariedade, protegendo seus interesses somente através da defesa coletiva.

Desse modo, tendo como paradigma a normatividade constitucional trazida com a Lex Maior de 1988, percebe-se a consagração definitiva da tutela jurisdicional dos interesses transindividuais, assim como a ordem a fim de que as várias categorias de direitos, inclusive a dicotomia entre direitos individuais e transindividuais, resolva-se numa síntese de garantia autêntica dos direitos fundamentais.

Para tanto, fazem-se necessárias pertinentes adequações processuais com o espírito apregoado por esta nova ordem de direitos no intuito de serem revisitados conceitos do tradicional e individualista processo civil, especialmente no plano da legitimação, do interesse de agir e dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, de modo a se atingir maior e melhor efetividade na prestação da tutela jurisdicional em sede de ações coletivas, destacadamente a ação civil pública.

Imperioso que as amarras do formalismo cedam à interpretações mais flexíveis e abrangentes dos institutos em vigor na atual legislação, possibilitando que as particulares características das demandas coletivas sejam resguardadas ainda que com o instrumental processual que se tem disponível no ordenamento vigente⁸⁰.

⁷⁹ José Carlos Barbosa MOREIRA, entende que os interesses individuais homogêneos geram demandas *acidentalmente coletivas*, uma vez que a natureza dos direitos em questão é individual, além de serem cindíveis quanto a cada interessado, revelando-se uma opção o acionamento coletivo da jurisdição e não uma obrigatoriedade. (MOREIRA, J. C. B. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, In: _____. *Temas de Direito Processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva. p. 195-196.).

⁸⁰ Nesse sentido, DINAMARCO, C. R. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. *apud* VIGLIAR, *op. cit.*, p. 99-100, faz menção ao individualismo característico do sistema europeu-continental e a necessidade de alterações legislativas para contornar os óbices do processo civil e possibilitar a defesa de interesses metaindividuais em juízo, como ressaltado.

4 A COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

4.1 Conceito e fundamentos da coisa julgada

Como instituto jurídico, a coisa julgada representa instrumento para facilitar e organizar a vida em sociedade, figurando como mecanismo para se obter um determinado fim e não sendo, dessa forma, um fim em si mesmo. Nesse sentido, várias fundamentações podem ser atribuídas à noção de coisa julgada, conferindo-lhe caráter desde uma perspectiva jurídica até uma perspectiva política, como ressalta GIDI⁸¹.

Contudo, enfocando o aspecto político, afirma aquele autor que a coisa julgada visa evitar a perduração de situações indefinidas, o que é indesejável na vida social, já que é comprometedora de sua própria segurança.

Na seara jurídica, enquanto fenômeno processual, a coisa julgada representa a imutabilidade dos efeitos produzidos por uma sentença. Dessarte, a coisa julgada não é efeito da sentença em si, não é decorrente do conteúdo da decisão e tão-pouco significa eficácia subjetiva ou objetiva da sentença, porém é, simplesmente, *a qualidade de imutabilidade* que os efeitos da sentença adquirem com o seu trânsito em julgado, impedindo sua discussão posterior, em outro processo.

A noção acima evidenciada trata da coisa julgada material, uma vez que se refere à indiscutibilidade da sentença fora do processo em que foi proferida, no âmbito externo, *extraprocessual*.⁸²

Naturalmente, o trânsito em julgado decorre da não suscetibilidade de reforma de uma decisão, no caso a sentença, por qualquer recurso previsto no ordenamento jurídico, tornando-se os efeitos da decisão, portanto, imutáveis, também, dentro do processo. Essa característica é reconhecida como *coisa julgada formal*, “pela qual a sentença, como ato do processo, não pode ser reexaminada”⁸³, novamente e dentro deste, em que pese alguns doutrinadores não examinem o instituto da coisa julgada

⁸¹ GIDI, *op. cit.*, p. 5.

⁸² MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento* 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 659.

⁸³ DINAMARCO, C. R.; CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A. P. *Teoria geral do processo*. 18. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 306.

pelo prisma formal, conforme enunciado⁸⁴.

Em última análise, a coisa julgada material indubitavelmente pressupõe a coisa julgada formal, haja vista que a imutabilidade dos efeitos da sentença para fora do processo não teria o condão de se manifestar se esta já não o fosse internamente à relação jurídica processual, independentemente da natureza que se reconheça à dita coisa julgada formal.

Em face dessa apreciação, releva passar à verificação dos limites da coisa julgada nas ações de cunho individual, para que, então, seja aprofundada a análise desse instituto no tocante às ações coletivas, mormente a ação civil pública: objeto específico desse estudo.

4.2 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

Como regra geral e com fulcro no disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, a sentença é lei entre as partes do processo no qual foi proferida, não beneficiando e nem prejudicando terceiros alheios à relação jurídica processual estabelecida entre elas. Essa perspectiva representa a disciplina do regime jurídico do limite subjetivo da coisa julgada.

Tal limite, no entanto, deve ser observado com parcimônia, tendo em vista que há variações no grau de influência de uma sentença e da coisa julgada na esfera jurídica de terceiros, sendo por isso que se impõe distinguir a *eficácia da sentença* (art. 472, parte final, do diploma mencionado) da *autoridade da coisa julgada*.⁸⁵

A primeira, enquanto ato de Estado, tem *eficácia natural* em relação a todos, indistintamente, sejam partes ou terceiros, na mesma intensidade e natureza, considerando que o que foi judicialmente decidido e tornado imutável (para os litigantes exclusivamente) não pode ser desobedecido, seja pela parte, seja por terceiros; já a segunda atinge somente as partes, jamais terceiros, uma vez que a

⁸⁴ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 658-659. Nessa obra, os autores consideram que, em sendo a coisa julgada formal um fenômeno *endoprocessual*, impedindo-se de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi proferida, está-se diante de um caso de *preclusão*, que representa extinção de faculdade processual operada internamente à relação processual; uma modalidade de preclusão última do processo de conhecimento, não podendo, portanto, ser tomada como espécie do gênero coisa julgada, haja vista que a noção material aventada já presta-se para o fim objetivado.

⁸⁵ GIDI, *op. cit.*, p. 11-12.

imutabilidade dos efeitos da sentença é *res inter alios iudicata*, não sendo aplicada a esfera jurídica dos que não foram litigantes, podendo a questão ser por eles rediscutida, inclusive em juízo, novamente.

A respeito dos limites objetivos da coisa julgada, para DINAMARCO, tem-se que “resulta do texto que apenas o dispositivo da sentença, entendido como a parte que contém a norma concreta, ou preceito enunciado pelo juiz, é apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada material”⁸⁶.⁸⁷

Essa dedução baseia-se nos arts. 468 e 469 do diploma processual civil ao mencionarem que a sentença tem força de lei nos *limites da lide* e das *questões decididas*, bem assim o que não faz coisa julgada pela decisão, quais sejam, os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida com fundamento na sentença; bem como a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Quanto à questão prejudicial referida, para que a autoridade da coisa julgada a atinja é necessário utilizar-se da ação declaratória incidental⁸⁸, haja vista que, nesse caso, a questão será julgada por sentença, passando a ser mérito de uma ação, e, portanto, recaindo sobre si a coisa julgada.

Destaque-se, por oportuno, que esses limites vislumbrados na coisa julgada, especialmente os limites subjetivos, encontram-se em xeque quando se trata de ações coletivas e da extensibilidade da imutabilidade do comando do julgado a terceiros, haja vista que o regime da coisa julgada, nessas ações, “precisa ser delineado de tal maneira que, satisfazendo os princípios da celeridade e economia processuais e não afrontando a garantia constitucional da ampla defesa, não ponha em risco os direitos de terceiros.”⁸⁹.

É nessa esteira que se desenvolverá o estudo da coisa julgada em relação à

⁸⁶ DINAMARCO, C. R.; CINTRA, A.C. A.; e GRINOVER, A. P., *op. cit.*, p.308.

⁸⁷ Tal entendimento não é plenamente compartilhado por MARINONI E ARENHART, para os quais a coisa julgada material, embora ocorra apenas quanto ao dispositivo, não incide sobre os provimentos constitutivos ou condenatórios, mas apenas quanto à esfera declaratória que este ostenta, da seguinte forma, “se este fenômeno incide sobre a declaração contida na sentença, e se essa declaração somente pode existir como resposta jurisdicional, é certo que a coisa julgada atingirá apenas a parte dispositiva da sentença.” (MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 676).

⁸⁸ A ação declaratória incidental está prevista nos arts. 5º e 325 do Código de Processo Civil. A incidência da coisa julgada na declaração incidente, por sua vez, encontra-se no art. 470 do mesmo *Codex*.

⁸⁹ GIDI, *op. cit.*, p. 14.

ação civil pública, baseando-se na Lei dessa ação, juntamente com as especificações e características trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90, nos art. 103 e seguintes).

4.3 Coisa julgada e ação coletiva: os efeitos *erga omnes* e *secundum eventum litis*

As demandas coletivas encontram, como uma das suas maiores dificuldades, a compatibilidade com o instituto da coisa julgada, especialmente no que tange aos seus limites subjetivos, uma vez que, conforme visto, se a coisa julgada fica adstrita às partes do processo, não haveria utilidade em se propor ações coletivas, já que não se formaria título executivo para beneficiar os lesados individuais que não foram parte no processo.

Nesse tocante, LIEBMAN manifesta-se sobre a eficácia e autoridade da sentença, antes da concepção das ações coletivas, vislumbrando progressos jurídicos nessa esfera, conforme a seguir:

Nesses últimos tempos, importantes correntes da doutrina esforçaram-se por alargar o âmbito de extensão da coisa julgada (...). Não estaria talvez errado quem visse, nessas correntes, um reflexo, provavelmente inconsciente, da tendência socializadora e antiindividualista do direito, que vem abrindo caminho em toda parte. O homem já não vive isolado na sociedade. A atividade do indivíduo é de maneira crescente condicionada pelas atividades dos seus semelhantes; aumenta a solidariedade e a responsabilidade de cada um e seus atos se projetam em esfera sempre maior.⁹⁰

A respeito desse óbice, manifesta-se MAZZILLI que, no intuito de resolver esses problemas, já percebidos por Liebman, a Lei da Ação Civil Pública inspirou-se em modelo já existente em sede de ação popular, de modo que, no seu art. 16, baseado na disciplina do art. 18 da Lei da Ação Popular, determinou que a sentença proferida em sede de ação civil pública faria coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação tivesse sido julgada improcedente por falta de provas, circunstância em que se poderia mover outra ação civil pública, sob idêntico fundamento, desde que instruída com nova

⁹⁰ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2. ed. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. XIII.

prova⁹¹.

Com essa possibilidade, a Lei n.º 7.347/85 “mitigou” a coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, conforme o resultado do processo, o que se costumou designar como coisa julgada *secundum eventum litis*, de modo que, em caso de sentença de procedência ou de improcedência por qualquer motivo que não seja a insuficiência de provas, o comando da sentença será imutável, de efeito *erga omnes*, não podendo mais a mesma questão ser discutida em juízo. No entanto, se a improcedência decorrer de falta de provas, a coisa julgada não se realizará, sendo que outra ação poderá ser ajuizada, baseando-se em provas novas, inclusive pelo mesmo legitimado da ação anterior ou qualquer outro, conforme dispõe o artigo *supra* mencionado.

Todavia, a redação originária do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública foi alterada pela edição da Medida Provisória 1.570/97 que foi convertida na Lei n.º 9.494/99, com seu art. 2º, passando a dispor da seguinte forma: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, valendo-se de nova prova.”.

Com essa modificação legal, apontou GRINOVER⁹², o legislador confundiu *limites da coisa julgada com competência territorial*⁹³, bem assim promoveu a alteração somente na Lei da Ação Civil Pública, não alcançando o sistema do Código de Defesa do Consumidor, sendo que é tranqüilo o conhecimento de que “ambos os diplomas legais se interpenetram e se complementam, ensejando um todo harmônico”, como referiu-se MAZZILLI⁹⁴.

Dessa maneira, conquanto a opinião acima esposada seja bastante discutível, haja vista basear-se em premissa frágil da alteração em um só diploma legal, a modificação operada, além de ter sido ineficaz pela confusão gerada entre os institutos processuais, não tem o condão de limitar a eficácia da coisa julgada da sentença sobre

⁹¹ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 457.

⁹² GRINOVER, A. P. A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 206-229, jan./mar., 1993. p. 223.

⁹³ A competência para propositura de ação civil pública encontra-se evidenciada no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública.

⁹⁴ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 458.

aqueles que sofreram o dano que deu causa à demanda, no entendimento de MAZZILLI, uma vez que, com base no sistema integrado das legislações aludidas, “os limites da competência territorial do órgão prolator, de que trata o art. 16 da Lei n.º 7.347/85, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária quanto à competência do juízo, mas sim, os que decorrem do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor em função do alcance do dano que deu causa à demanda”⁹⁵.

Outrossim, para VIGLIAR⁹⁶, considerar a restrição territorial de maneira literal importa em efetivar tratamentos díspares a pessoas que se encontram na mesma situação, unidas por vínculos indivisíveis, para os quais seria intolerável considerações diversas sobre a matéria. Enfim, coloca esse autor que a Medida Provisória n.º 1.570/97 foi um retrocesso, bem como comprometeu o efetivo acesso à justiça e a segurança contra divergências na prestação da tutela jurisdicional, ora fragmentária, ante a redação consolidada no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública.

4.4 A coisa julgada nas ações de interesses difusos

No que é pertinente à coisa julgada em relação aos interesses transindividuais, especificamente, o Diploma Consumerista constante da Lei n.º 8.078/90 disciplinou de forma bastante coerente essa questão, relacionando os efeitos da sentença consoante a natureza do interesse objetivado.

Assim, quanto aos interesses difusos, vale retomar que eles requerem uma extensão bastante expressiva dos limites subjetivos da coisa julgada, considerando que não é possível encurtar-se os efeitos da imutabilidade da sentença, nesse caso, em que os titulares do interesse coletivo formam um grupo que não tem possibilidade de ser identificado como destacado do seio social, bem como não sendo possível precisar os indivíduos que o compõem.⁹⁷

Ainda, o objeto da pretensão não é coisa divisível, de modo que não há, igualmente, como se destacar a parcela de violação praticada que atingiu a cada sujeito

⁹⁵ Apelação Cível n. 2000.70.01.005013-0-PR, Segunda Turma. TRF da 4ª Região, j. 22-02-01, v.u., rel. Des. Alcides Vettorazzi, RT, 796:432.

⁹⁶ VIGLIAR, *op. cit.*, 107-108.

⁹⁷ FERRAZ, A. A. M. de C. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 56.

do grupo social, haja vista, também, que a relação que conecta e forma esse grupo não está fundada em relação jurídica, mas sim em uma circunstância fática pertinente a todos os envolvidos e lesados.

Diante de tal cenário, o art.103, I, dessa Lei, determina que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, com exceção do caso de a sentença ser improcedente por falta de provas, hipótese em que outra ação poderá ser proposta com apresentação de nova prova, o que remonta à coisa julgada *secundum eventum litis* mencionada. Ainda, não haverá caso em que a coisa julgada prejudicará interesses individuais diferenciados, conforme dispõe o art. 103, § 1º, da Lei n.º 8.078/90.

Nessa esteira, verifica-se que, quando a sentença for de procedência, beneficiar-se-ão os lesados individuais, reunidos por interesses homogêneos, quanto ao reconhecimento da existência da lesão coletiva, no dizer de MAZZILLI⁹⁸. Dessa forma, em a sentença reconhecendo a materialidade de uma dano ambiental, *verbi gratia*, a imutabilidade dos efeitos da sentença ultrapassará as formais partes do processo, beneficiando os atingidos pelo evento danoso, de modo que estes precisarão apenas provar o nexo de causalidade e o dano individual advindo do fato identificado na decisão, ficando, portanto, dispensados de provar o fato danoso.⁹⁹

A expressão *erga omnes*, a seu turno, aplicada aos efeitos da decisão proferida em ações coletivas concernentes a direitos difusos, significa “contra todos”. Dessa forma, as tutelas coletivas alcançam, com sua coisa julgada, pessoas que não participaram da relação jurídica processual, questão sobre a qual não resta dúvida; contudo, na opinião de GIDI, ainda assim fica limitada a qualidade de imutabilidade da sentença “à comunidade ou coletividade titular do direito superindividual violado”¹⁰⁰, em que pese não seja esse entendimento compartilhado por todos os doutrinadores, uma vez que MAZZILLI acredita que a imutabilidade não fica adstrita à comunidade titular de direito, no caso de interesses difusos, mas ocorre em relação a

⁹⁸ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 460.

⁹⁹ Dessarte, com base nos princípios da economia processual e nos critérios da coisa julgada “*secundum eventum litis*”, o Código de Processo Civil admite que a coisa julgada decorrente de ação civil pública procedente seja aproveitada de modo que, as vítimas e seus sucessores, possam passar imediatamente para a liquidação da sentença, sem necessidade de nova decisão condenatória, a fim de se evitar a proliferação dessas ações de caráter individual.

¹⁰⁰ GIDI, *op. cit.*, p. 70.

todo o grupo social ligado ao interesse apreciado, por essência, indivisível¹⁰¹.

4.5 A coisa julgada nas ações de interesses coletivos

Os interesses coletivos apresentam como características marcantes a determinação ou possível determinação do grupo atingido pelo ato ilícito ensejador do direito coletivo, bem assim ostenta como objeto da pretensão coletiva coisa indivisível, de modo que a realização do pedido para um lesado importa em extensão desses efeitos para os demais, já que a prestação não pode ser individualizada pelo interesse em tela. Outrossim, estão os titulares do interesse coletivo ligados por uma relação jurídica localizada na base do vínculo existente.

Em face dessa natureza, dispõe o art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor, que a qualidade de imutabilidade da sentença terá efeitos ditos *ultra partes*, haja vista que esta revela uma ampliação do limite subjetivo da coisa julgada em relação àqueles que estritamente atuaram no processo, todavia, essa extensão fica limitada ao grupo, categoria ou classe de lesados, exceto se se vislumbrar a improcedência por falta de provas, recaindo na hipótese antes aventada de coisa julgada segundo o resultado do processo.

Ressalte-se, no entanto, que os interesses individuais do sujeito integrante da coletividade considerada (grupo, classe e etc.) não serão prejudicados por eventual improcedência na ação coletiva, inclusive se esta se der por razões que não sejam a insuficiência de provas.¹⁰²

Percebe-se, portanto, que a diferença existente quanto aos limites subjetivos entre os regimes da coisa julgada nas ações em defesa dos interesses difusos das ações em defesa de interesses coletivos encontra-se na extensão dos efeitos da sentença em relação a terceiros.

Os interesses coletivos têm, então, a restrição dos efeitos aos membros da categoria ou classe, ligados entre si ou com a parte contrária por vínculo jurídico, circunscrito ao grupo, o que reclama a eficácia *ultra partes*. Entretanto, em sendo o

¹⁰¹ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 461.

¹⁰² Tais aspectos encontram-se resguardados no art. 103, § 1º, e art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

objeto da pretensão indivisível para ambos os interesses aludidos (difusos e coletivos), pode ocorrer que pessoas estranhas ao vínculo associativo venham a sofrer os efeitos da sentença.

A expressão *ultra partes*, por derradeiro, significa “além das partes”, todavia ela não se confunde com a noção de efeitos *erga omnes*, porquanto na medida em que *erga omnes* representa a extensão da imutabilidade da sentença a todo um grupo social, *ultra partes* alcança, sem dúvida, mais do que as partes que figuraram e atuaram no processo, mas também menos que todo o grupo social, de modo a limitar-se ao grupo, classe ou categoria de pessoas atingidas.

4.6 A coisa julgada nas ações em defesa dos direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos, em análise de sua natureza, revelam característica que diverge dos interesses antes apreciados, haja vista que têm em seus titulares um grupo perfeitamente determinado ou determinável, destacado do contexto social, e que foram vítimas ou sucessores em virtude de atividade lesiva a seus direitos. O objeto desses interesses é divisível no tocante a cada titular, podendo o pedido deduzido em ação coletiva ser perseguido individualmente por cada interessado, mas ainda cabendo a ação coletiva em face dos princípios de economia e celeridade processual, bem como o vínculo que une os titulares é “decorrente de origem comum”, com identificação fática entre os sujeitos¹⁰³.

Quanto ao tratamento legislativo despendido a esses interesses, tem-se que, no art. 103, III, da Lei n.º 8.078/90, a sentença será imutável *erga omnes* apenas em caso de procedência, beneficiando as vítimas e seus sucessores, conforme referido. Também nesse caso, o autor de ação individual, para ser beneficiado pelos efeitos da sentença de procedência na ação coletiva, precisa requerer em tempo a suspensão desse feito, a fim de não ostentar duas demandas a respeito da mesma lide, conforme dispõe o art. 104 da Lei Consumerista.

Conquanto a lei faça referência a efeitos *erga omnes* de ações coletivas com base em interesses individuais homogêneos, essa extensão ocorrerá apenas *in utilibus*,

¹⁰³ SOUZA, *op. cit.*, p. 153.

vale dizer, “somente atingirá a todos se procedente a demanda, se o resultado foi útil aos interessados”¹⁰⁴. Essa disciplina diferenciada para a ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos (*in utilibus*) é, em afirmação VIGLIAR¹⁰⁵, espécie de coisa julgada *secundum eventum litis*, haja vista depender da procedência da demanda. Tal regramento apresenta-se plenamente justificável, para esse autor, porquanto está reservado a interesses que não são essencialmente coletivos, ou seja, não possuem como diferencial a indivisibilidade e, sendo divisíveis, nada obsta que os titulares persigam em juízo a tutela de seu próprio interesse, individualmente.

Em havendo a improcedência, os indivíduos que não intervieram no processo como assistentes litisconsorciais, nos termos do art. 103, § 2º, do diploma mencionado, poderão propor ações individuais, haja vista que a coisa julgada só atinge os titulares dos interesses em caso de resultados benéficos; em estes não ocorrendo, a demanda individual prevalece e pode ser proposta, a fim de ser rediscutida a questão.

Essa é característica bastante particular da ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos, tendo em vista que não ocorre em relação às demandas por interesses difusos e coletivos se a improcedência não for por insuficiência de provas. Em razão disso, inclusive por interpretação a *contrario sensu* do disposto na primeira parte do art. 104 do *Codex* em comento, só se fala em litispendência entre ação coletiva e ação individual quando se trate de interesses individuais homogêneos e os sujeitos particularizados tenham intervindo diretamente no feito.

Fora dessa hipótese, entende MAZZILLI que entre ação individual e coletiva não pode haver litispendência, pois o objeto dessas demandas jamais coincidiria, tendo-se, no máximo, “ação coletiva conexa ou até continente em relação a uma individual”¹⁰⁶, sustentando que pode haver, porém, litispendência entre ação civil pública e ação popular, tendo em conta que, em tal circunstância, o objeto da demanda possa, efetivamente, coincidir.

¹⁰⁴ VIGLIAR, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 104.

¹⁰⁶ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 462.

5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: POSSIBILIDADES E LIMITES

5.1 A fiscalização abstrata e difusa: óbices ante as ações coletivas

A possibilidade e as conseqüências da utilização de ações coletivas, mormente a ação civil pública, para efetivar controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é questão que tem causado grandes debates no plano da doutrina e da jurisprudência no direito brasileiro.

Naturalmente, não se tem como escopo sustentar a possibilidade de aplicação do controle abstrato da constitucionalidade por vias de ação civil pública, isso porque, primeiramente, representaria uma afronta à própria Constituição Federal, já que a competência exclusiva para processar e julgar ações diretas e declaratórias no controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo *em tese* é do Supremo Tribunal Federal e estão previstas no art. 102, I, “a” da Lex Maior.

Ainda, na expressão de ALMEIDA,

(...) nenhum co-legitimado, com toda a certeza, ajuizará ação civil pública em primeiro grau, tendo como pedido único ou principal a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, sustenta ainda que será raro acontecer a hipótese aventada por Arruda Alvim, da imaginária ação civil pública em que não se define um litígio concreto, com os seus elementos essenciais, senão onde se objetive fundamentalmente só a declaração de inconstitucionalidade, não pode comportar um tal pedido, ainda que de incidenter tantum.¹⁰⁷

Em casos como esse, sem dúvida haveria usurpação das funções constitucionais do Supremo Tribunal Federal ou, em circunstâncias determinadas, dos Tribunais de Justiça, uma vez que, sendo os efeitos de uma declaração de constitucionalidade de lei em tese realizada por via de ação *erga omnes*, pontos nodais sofreriam grave distorção, quais sejam, a legitimidade para propositura da ação, o órgão competente para julgamento, além do efeito expansivo para a coletividade.

Todavia, em relação ao controle difuso de constitucionalidade, diante de todo o exposto sobre tal espécie de fiscalização e da negação de possibilidade de controle

¹⁰⁷ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 14.

abstrato por meio da ação civil pública, o cerne da questão encontra-se na aplicação de efeitos *erga omnes* à sentença proferida nessa esfera, previstos no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, tendo em vista que, nas ações coletivas, ocorre a necessidade de se estender a coisa julgada face à pluralidade de pessoas atingidas.

Encontrar-se-ia o óbice, precisamente, na necessidade esposada de extensão dos limites subjetivos da coisa julgada em sede de ação civil pública, haja vista tal ação pretender a defesa de direitos transindividuais, de modo que a eficácia meramente *inter partes* da coisa julgada não teria o condão de atender aos interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos deduzidos em ação coletiva, inviabilizando o cumprimento do seu mister.

Outrossim, outra dificuldade emergente, nessa esteira, revela-se quanto à sobreposição de instâncias que poderia ocorrer, pois, em se declarando a inconstitucionalidade da lei pela ação civil pública, estar-se-ia impossibilitando a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, face à coisa julgada para todos, o que criaria, então, suposta litispendência entre órgãos de diferente hierarquia, bem como risco de esvaziar a utilidade prática do controle abstrato.

Em face das incompatibilidades mencionadas, faz-se fundamental a verificação dos entendimentos doutrinários sobre a questão, bem assim seus prós e contras, a fim de se formar uma avaliação mais criteriosa da viabilidade do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

5.2 Posicionamento da doutrina

A partir do surgimento das ações coletivas, desde a ação popular até a criação, principalmente, da ação civil pública, com a Lei n.º 7.347/85, tornou-se bastante polêmica para os juristas a possibilidade de se realizar o controle difuso da constitucionalidade por meio dessas ações. Inúmeras manifestações, artigos e livros, além de trabalhos acadêmicos, portanto, debruçaram-se sobre o tema.

Assim, no que diz respeito às posições contrárias, tem-se, primeiramente, MENDES, o qual assinala, sobre essa questão, que: “tem-se de admitir a inidoneidade completa da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade,

seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.”¹⁰⁸.

A esse respeito, ARRUDA ALVIM coloca que:

O que se percebe, claramente, é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas vir a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esse sobrepostos. Ou se, ligüisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática, resulta de uma tal decisão. Ora, se se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue tratar-se efetivamente de declaração *in abstracto*, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração *incidenter tantum*. (...) por tudo que foi dito, afigura-se-nos que inconstitucionalidade levantada em ação civil pública, como pretensão fundamento da pretensão, mas em que, real e efetivamente, o que se persiga seja a própria inconstitucionalidade, é arguição incompatível com essa ação – e, na verdade, com qualquer ação – por implicar usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁹

Outra postura contrária à fiscalização concreta da inconstitucionalidade em sede de ação civil pública encontra-se em MORAES, afirmando, com base em jurisprudência não atualizada no Supremo Tribunal Federal, que:

(...) o que se veda é a obtenção de efeitos *erga omnes* nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública, não importa se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido *incidenter tantum*, pois mesmo nesse a declaração de inconstitucionalidade poderá não se restringir somente às partes daquele processo, em virtude da previsão dos efeitos nas decisões em sede de ação civil pública dada pela Lei n.º 7.347/85.¹¹⁰

Conquanto se sustentem tais entendimentos, outros doutrinadores apresentam diversos posicionamentos quanto ao tema. Nesse sentido, NERY JÚNIOR e ANDRADE NERY esclarecem que:

¹⁰⁸ MENDES, G. F. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 380-381.

¹⁰⁹ ALVIM, A. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 81, p. 127-134, jan./mar., 1996. p. 130-131, 134.

¹¹⁰ MORAES, *op. cit.*, p. 594.

O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei, declarada inconstitucional, do mundo jurídico por intermédio da eficácia *erga omnes* da coisa julgada. Assim, o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter, como causa de pedir, a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADIn será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei.¹¹¹

Outrossim, manifesta-se PALU no sentido que:

A ação civil pública não busca apenas o interesse público e não é um processo sem partes, objetivo. Claro que a atuação de um dos legitimados, o Ministério Público, em último grau, sempre busca o interesse público primário, mas quando o Parquet (ou uma associação) propõe uma ação civil pública, não busca apenas a consecução do interesse público, mas também o interesse social ou até mesmo o individual indisponível: há dezenas de interesses subjetivos enfeixados na ação.¹¹²

Em vista dos posicionamentos demonstrados, cabe, nesse momento, a apreciação do desenvolvimento jurisprudencial a respeito da matéria, de forma a se viabilizar o entendimento hoje prevalente e as circunstâncias em que ocorre, bem como a verificação de semelhanças e distinções entre as ações em comento e contraposição: ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade.

5.3 Posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

A princípio, quando da Reclamação n.º 434/SP¹¹³, o Supremo Tribunal Federal foi incisivo ao não admitir, em ações civis públicas, a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal, ainda que o provimento fosse solicitado *incidenter tantum*, haja vista que, nesse entendimento do Supremo, aceitar a ação civil pública em casos tais

¹¹¹ NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.1403, nota 7.

¹¹² PALU, *op. cit.*, p. 280.

¹¹³ Reclamação 434/SP, rel. Min. Francisco Rezek, publ. DJU 09/12/1994.

implicaria a violação direta de sua competência exclusiva, como se pode observar na seguinte ementa:

As ações em curso na 2. e 3. Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo – objeto da presente reclamação – não visam o julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese, competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”, da CF). Configurada a usurpação da competência do Supremo para o controle concentrado, declara-se a nulidade ab initio das referidas ações, determinando seu arquivamento, por não possuírem os autores legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

No entanto, com o julgamento das Reclamações n.º 597/SP, 600/SP e 602/SP¹¹⁴, que ocorreu em 03/09/97, o Supremo Tribunal Federal apontou pela possibilidade do controle de constitucionalidade, via incidental, em ações civis públicas, baseado nos motivos de que a pretensão da ação civil pública diz respeito a bem jurídico *concreto, individual e perfeitamente definido*, daí porque inalcançável pela via do controle abstrato, não se podendo, então, falar em invasão de competência exclusiva do Supremo, como visto na ementa a seguir:

RECLAMAÇÃO. DECISÃO QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONDENOU INSTITUIÇÃO BANCÁRIA A COMPLEMENTAR OS RENDIMENTOS DE CADERNTO DE POUPANÇA DE SEUS CORRENTISTAS, COM BASE EM ÍNDICE ATÉ ENTÃO VIGENTE, APÓS AFASTAR A APLICAÇÃO DA NORMA QUE O HAVIA REDUZIDO, POR CONSIDERÁ-LA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PREVISTA NO ART. 102, I, A, DA CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação.

Ademais, como a decisão da ação civil pública também se sujeita aos recursos em geral, especialmente o extraordinário, podem conviver harmoniosamente os dois modelos de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, há ainda a decisão monocrática proferida pelo rel. Min. Sepúlveda Pertence na Reclamação n.º 1.017/SP, julgada em 19/02/1999 e publicada

no DJU de 02/03/1999, na qual o Ministro expõe que:

Certo, em nosso complexo sistema de convivência do sistema concentrado e direto com o sistema difuso e incidente de controle de normas, não se discute que, nesse último, a questão da inconstitucionalidade possa traduzir o fundamento principal, quiçá o único, de uma demanda, sem que, no entanto, essa se confunda por isso com a ação direta: basta que nela se veicule pretensão que, na via do controle abstrato, seria inadmissível.

Finalmente, verifica-se como destacada a decisão proferida na Reclamação 1.733/SP¹¹⁵, a qual, pelo voto do Ministro Celso de Mello, foi julgada improcedente, em face da não caracterização de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal pelo exercício do controle incidental de constitucionalidade em ação civil pública, quando a questão constitucional apresenta-se somente como questão prejudicial, imprescindível à solução do litígio:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização da incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes, Doutrina.

No tocante ao posicionamento esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, tem-se que, nos arestos do ano de 2.005, encontra-se bastante consolidada a possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, de forma a realizarem uma interessante distinção quanto aos efeitos atinentes à ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, como se pode observar nas ementas a seguir.

CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. Ação Civil Pública. Declaração de Inconstitucionalidade de Lei. Proteção ao

¹¹⁴ Reclamação 602-6/SP. rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, maioria, j. 03/09/1997, publ. DJU 14/02/2003.

¹¹⁵ Reclamação 1.733/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 01/12/2000.

PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. PRECEDENTES. DESTA CORTE SUPERIOR.

1. Recurso especial contra acórdão que extinguiu o processo, sem exame do mérito, em face de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra o Distrito Federal e vários comerciantes do Setor Comercial Local Norte (SCLN) 716, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital n.º 754/94, a qual permitiu a desafetação e alteração de designação originária de áreas públicas de uso comum do povo. Alegou-se que: a) os comerciantes invadiram área pública adjacente ou limdeira aos imóveis de que são proprietários ou locatários, ferindo o Código de Posturas do Distrito Federal e as normas que instituíram e regulamentaram o tombamento do conjunto urbanístico do Plano Piloto de Brasília; b) o Distrito Federal se omitiu ao permitir edificações em áreas públicas e em não desconstituí-las (*sic*), implicando lesão ao patrimônio público e social, à ordem jurídica e ao meio ambiente; c) o Distrito Federal fosse condenado a abster-se em conceder ocupação, emitir alvarás de construção ou funcionamento, aprovar projetos arquitetônicos ou de engenharia, em favor de pessoas naturais ou jurídicas situadas nas áreas de uso comum do povo e suspender a eficácia da Lei Distrital n.º 754/94, deixando de promover obras ou qualquer medida que implique a ampliação dos atuais limites das ocupações, sob pena de multa diária. 2. A pretensão não está dirigida a se declarar a inconstitucionalidade de uma norma geral e abstrata. Pretende-se tirar do mundo jurídico uma norma, por afrontar a Constituição Federal, que incide sobre uma situação concreta. A Ação Civil Pública em exame trata de fato materializado, individualizado, a qual se aplica uma norma considerada inconstitucional. Ela busca alcançar, pela via do controle concentrado, a invalidade da norma e, conseqüentemente, a sua não-aplicação ao proibir os serviços de todos os usuários nas condições descritas. 3. **O controle difuso da constitucionalidade é permitido a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer grau, uma vez que a questão da inconstitucionalidade é resolvida apenas incidentalmente, como matéria prejudicial. Não gera usurpação da competência do colendo STF o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública**, conforme já pronunciado também aquela Corte. 4. Este Relator, por diversas vezes, com base em inúmeros precedentes desta Casa, defendeu que a ação civil pública não poderia servir de meio para a declaração, com efeito erga omnes, de inconstitucionalidade de lei, sendo o Ministério Público parte ativa ilegítima para tanto. Entretanto, **em face do novo posicionamento desta Corte, pelo seu caráter uniformizador, revejo minha posição, a fim de reconhecer a legitimidade do Parquet para tal desiderato, com suporte, dentre tantos, nos seguintes julgados:** “A teor da assentada jurisprudência do colendo STF e deste Tribunal, declara-se a legitimidade ativa do Ministério Público para propor, na defesa do patrimônio público, a ação civil pública, admitindo-se, no âmbito dessa ação coletiva, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local (Precedentes).” (REsp n.º 424288/RO, Rel. Min. Felix Fisher, DJ 18/03/2004)- “O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).” (REsp n.º 493270/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24/11/2003) 5. Na mesma linha: REsp n.º 303994/MG, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; EREsp n.º 327206/DF, 1º Seção, DJ de 15/03/2004; EREsp n.º

303174/DF, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; REsp n.º 439509/SP, 4ª Turma, DJ de 30/08/2004; REsp n.º 364380/RO, 5ª Turma, DJ de 30/08/2004; AGA n.º 290832/SP, 2ª Turma, DJ de 23/08/2004; AGREsp n.º 566862/SP, 3ª Turma, DJ de 23/08/2004; REsp n.º 373685/DF, 1ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp n.º 556618/DF, 4ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp n.º 574410/MG, 1ª Turma, DJ de 05/08/2004; REsp n.º 557646/DF, 2ª Turma, DJ de 30/06/2004. 6. Recurso especial provido, nos termos do voto.¹¹⁶ (grifos nossos).

A ementa da decisão, acima transcrita, revela um novo posicionamento que tem o Superior Tribunal de Justiça adotado quanto à possibilidade de realização de controle de constitucionalidade em ação civil pública, uma vez que, alterando o modo como entendia anteriormente, passa a admitir o reconhecimento, *incidenter tantum*, do vício constitucional que atuou como causa de pedir na demanda coletiva, mesmo quando geradora de efeitos *erga omnes*, de modo que se entendeu pela não ocorrência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, no caso em comento.

Outrossim, revela-se notável a posição tomada a respeito das distinções entre o exercício de controle de constitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade e ação civil pública que a decisão a seguir assumiu:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS. 1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade. 3. **O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado.** 4. Recurso especial provido.¹¹⁷ (grifos nossos)

¹¹⁶ RESP n.º 728406, rel. Min. José Delgado, Órgão Julgador: Primeira Turma, j. 05/04/2005, DJU 02/05/2005, p. 249 (Superior Tribunal de Justiça - STJ). Acesso na Revista Eletrônica de Jurisprudência, em 08/09/2005.

¹¹⁷ RESP n.º 557646, rel. Min. Eliana Calmon, Órgão Julgador: Segunda Turma, j. 13/04/2004, DJU 30/06/2004, p. 314. (Superior Tribunal de Justiça - STJ). Acesso na Revista Eletrônica de Jurisprudência, em 08/09/2005.

Como se vislumbrou, a decisão recorre à distinção de que a coisa julgada na ação civil pública terá um âmbito de incidência territorial conforme a extensão e a indivisibilidade do dano, pois esse é o critério que demarca, efetivamente, a extensão dos efeitos da sentença em ações coletivas. Não se confundem tais efeitos, de modo algum, com os emanados de uma ação direta de inconstitucionalidade, os quais, atingem não o âmbito do dano, posto não existir caso concreto em tela, mas apenas da vigência espacial da lei ou do ato normativo impugnado, seja qual for o plano em que esta espriar seus efeitos.

Ante a tendência configurada nos entendimentos esposados pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, passa-se para a apreciação das consequências da fiscalização concreta da constitucionalidade em sede de ação civil pública.

5.4 O controle incidental e a questão prejudicial na seara do processo civil: distinções entre o mecanismo da ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade

Frente às posições esposadas, com expressivas divergências ainda renitentes na doutrina e a gradual modificação de entendimento demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal, bem assim, em que pese as teses contrárias ao controle de constitucionalidade em ação civil pública sejam plausíveis, impõe-se a apreciação da distinção fundamental formulada por J. J.CANOTILHO quanto à noção de processo objetivo e subjetivo.

Para esse autor, o processo subjetivo distingue-se do objetivo na medida que aquele tutela interesses juridicamente protegidos do cidadão (sobretudo direitos individuais), como o controle concreto da constitucionalidade e, este, tutela a ordem jurídico-constitucional, objetivamente considerada, como o controle principal, abstrato da constitucionalidade das leis¹¹⁸.

Assim, no caso da ação civil pública, as questões decididas são outras “que

¹¹⁸ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.044.

não apenas a inconstitucionalidade, anulando atos administrativos, desconstituindo, declarando, condenando; logo, a presença de partes – autor e réu – é imprescindível, o que não ocorre nos processos objetivos”¹¹⁹. Tal entendimento, todavia, não é compartilhado por MENDES¹²⁰, o qual considera a ação civil pública aproximada do processo objetivo, o que colabora, naturalmente, para sua postura contrária ao controle difuso em sede dessa ação.

Muitas singularidades, entretanto, permeiam tanto a ação civil pública quanto a ação direta de inconstitucionalidade para que aquela seja considerada como “processo objetivo” e para se reconhecer a possibilidade de fiscalização concreta da constitucionalidade em seu bojo.

Dentre essas particularidades, destaque-se, primeiramente, que a ação civil pública tem como objeto principal o interesse público consubstanciado em uma obrigação. Ela atua no plano dos fatos e litígios concretos, enquanto que na ação direta de inconstitucionalidade, o objeto principal, e também único, é a declaração de inconstitucionalidade com força de coisa julgada material de efeitos *erga omnes*, limitando-se a retirar a eficácia da lei ou ato normativo em tese.

Ainda, a ação civil pública está sujeita a toda uma cadeia de recursos previstos no ordenamento jurídico-processual, podendo, inclusive, chegar ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário. Já as ações diretas têm julgamento em grau único de jurisdição apenas, sendo este definitivo para a lei ou ato normativo impugnado.

Contudo, o argumento de maior relevância que justifica a possibilidade de controle de constitucionalidade na ação aludida é que o vício de constitucionalidade invocado é feito como fundamento, enquanto *causa de pedir* da ação, de modo que constitui *questão prejudicial*, necessária ao julgamento do mérito.¹²¹

A constitucionalidade, portanto, é questão prévia, uma vez ser decidida antes do mérito da ação principal, bem como influenciando na decisão sobre o pedido referente à tutela do interesse público resguardado nos interesses transindividuais deduzidos na ação coletiva. Enfim, é decidida *incidenter tantum*, assim como em qualquer outra

¹¹⁹ PALU, *op. cit.*, p. 281.

¹²⁰ MENDES, *Direitos fundamentais...*, p. 380-381.

¹²¹ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 123.

ação que invoque o controle de constitucionalidade, haja vista que constitui premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença.

Ressaltando, no entanto, que a coisa julgada de qualquer sentença recai somente sobre o seu dispositivo (decisão propriamente dita) e não sobre os motivos ou fundamentação que a embasaram, nada obsta que a questão constitucional volte a ser discutida em outras ações com pedidos ou partes diversas, haja vista que, no controle incidental, a norma impugnada não é expurgada do ordenamento, mas tem apenas a sua aplicabilidade afastada para aquele *caso concreto*.¹²²

Nesse sentido, explícita é a disposição constante do Código de Processo Civil, o qual, em seu art. 469, diz que: “não fazem coisa julgada: III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”

Diante dessa argumentação em defesa da viabilidade do controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, cabe colocar ainda, no tocante à coisa julgada, que na ação civil pública, a eficácia *erga omnes* (de modo geral) da coisa julgada material não alcança a questão prejudicial da inconstitucionalidade, é de âmbito nacional, regional ou local, conforme *a extensão e a indivisibilidade do dano* ou ameaça de dano.

Na ação direta, a declaração da inconstitucionalidade faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito da *vigência espacial* da lei ou ato normativo impugnado, seja estadual ou federal.

Por essa razão, sustenta ALMEIDA que “a questão dos efeitos *erga omnes* da sentença nenhuma influência terá na competência privativa do STF, a ponto de invadi-la, porque de competência não se trata. A questão é meramente de limites subjetivos da coisa julgada.”¹²³.

Dessarte, não se confundem ação direta de inconstitucionalidade e ação civil pública, não havendo de se falar, dessa forma, em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, na hipótese aventada de se argüir litispendência entre essas ações, situação inverificável, já que a ação civil pública não tem condão de barrar a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e nem retira norma alguma

¹²² ALMEIDA, *op. cit.*, p. 14.

¹²³ *Id.*

do ordenamento, evidenciando objetos completamente distintos.

5.5 A eficácia da coisa julgada na fiscalização concreta em ação civil pública: interesses transindividuais e a inutilidade prática da via abstrata

Com o afastamento da hipótese de aplicação do precedente da Reclamação n.º 434/SP, já apreciada, continua sendo preocupação do Supremo Tribunal Federal verificar se a controvérsia, no controle de constitucionalidade feito em ação civil pública, tem por alvo resolução de relação jurídica determinada, ante um litígio concreto, ou se busca, em verdade e em certos casos, a impugnação de lei ou ato normativo em tese, tendo o mesmo efeito de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse tocante, encontra-se pacificado que a ação civil pública que tem por objeto *interesses individuais homogêneos* não é, sem dúvida, substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade, “mesmo porque a decisão proferida naquela ação civil pública não tem eficácia *erga omnes*, considerada essa eficácia em seu exato sentido”¹²⁴.

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de maneira contrária ao controle concreto exercido em ações civis públicas fundadas em *interesses coletivos ou difusos* “quando, então, a decisão teria efeito *erga omnes*, na acepção usual da expressão e, aí sim, teria os mesmos efeitos de uma ação direta, pois alçaria todos, partes ou não, na relação processual estabelecida em ação civil.”¹²⁵.

Faz-se necessário proceder a essa distinção, tendo em vista que, sabendo que a fundamentação utilizada na sentença não faz coisa julgada e que o efeito genericamente denominado de *erga omnes* somente amplia a dimensão subjetiva da obrigatoriedade da sentença, chegar-se-ia à conclusão que tal efeito atua tão-somente em relação ao dispositivo da sentença.

Contudo, no cenário brasileiro, no qual coexistem dois sistemas de controle de constitucionalidade, fundar os argumentos exclusivamente em distinções teórico-

¹²⁴ Reclamação n. 564/MG, Min. Carlos Velloso, DJU de 25.09.97, p. 47.292; Recl. n.º 601/SP, Min. Carlos Velloso, DJU de 25/09/1997, p. 47.292-3; Recl. n.º 663/SP, Min. Nelson Jobim, DJU de 13/10/1997, p. 51.467.

¹²⁵ Reclamação n. 554/MG, Min. Maurício Corrêa, DJU de 26/11/97, p. 61.738.

processuais não se demonstram suficientemente esclarecedores, se, na prática, possa ser esvaziada a competência deferida pela Constituição Federal somente ao Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a competência para controlar a constitucionalidade concreta dos atos normativos não pode implicar a inutilidade prática da competência constitucional para exercer o controle abstrato, haja vista que, se foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal o papel de guarda da Constituição, não parece admissível que o interesse em dar consecução a essa tarefa possa ser inviabilizada pela prática do controle difuso.¹²⁶

Assim, considerando a tríplice classificação dos interesses transindividuais, como sendo difusos, coletivos e individuais homogêneos, com exceção dos primeiros, os verdadeiros titulares dos outros interesses são, pelo menos, identificáveis. Dessarte, se plenamente identificados os titulares dos interesses coletivos e individuais homogêneos, não há que se dizer que os efeitos *erga omnes* atingirão todos os destinatários originais da norma taxada de inconstitucional, descabendo, portanto, a alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, inclusive porque, como visto e com base na Lei n.º 8.078/90, apresentam esses interesses, respectivamente, efeitos *ultra partes* e *in utilibus*.

Em face dessas considerações, observa-se que, quanto aos interesses difusos, o óbice para a realização do controle concreto de constitucionalidade é maior, haja vista a extensão dos efeitos da decisão, efetivamente, dar-se *erga omnes*, considerando esses efeitos espalhados para todos os efetiva ou potencialmente lesados pelo evento danoso.

No entanto, em vista da alteração promovida pela Medida Provisória n.º 2.180-35/2001 sobre a Lei n.º 9.494/97, incluindo o art. 2º-A, foi estabelecida uma limitação espacial dos efeitos da decisão em ações coletivas pertinente à competência territorial do órgão prolator. De tal sorte, conquanto existam inúmeras discussões doutrinárias a respeito da constitucionalidade desse dispositivo, ele continua em vigor pela força da EC n.º 32/2001 e, com isso, impõe-se uma disciplina para a aceitação do controle concreto de constitucionalidade quanto aos interesses difusos.

Assim sendo, considerando o sistema integrado formado pela Lei n.º 7.347/85 e pela Lei n.º 8.078/90, pode-se dizer que em matéria de processo coletivo, para

¹²⁶ MORAES, *op. cit.*, p. 595.

conhecer e julgar os danos nacionais ou regionais, a competência do juiz da Capital do Estado ou do Distrito Federal estende, conforme o caso, ao território de toda a região e de todo o país. Ainda, esta regra não se aplica apenas aos interesses individuais homogêneos, mas também, analogicamente, à defesa de interesses transindividuais, haja vista que os limites territoriais de que trata o art. 16 do primeiro diploma citado, não são os da regra da organização judiciária do juízo, mas sim os que decorrem do art. 93, II,¹²⁷ do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa esteira, como consideração mais plausível que se pode atingir, até o momento, tem-se que, a não ser que o ato impugnado na ação civil pública tenha âmbito de validade equivalente ou inferior ao da competência do órgão judicial que profere a decisão, o que retiraria a eficácia abstrata de uma lei no seio social, como ressalta MAZZILLI¹²⁸, não há risco de violação da competência do Supremo Tribunal Federal o controle difuso realizado em sede de ação civil pública.

Tal proposta pode ser razoável, como mencionado, na esfera técnica-jurídica, o que não significa que seja suficiente ou exaustiva dos conflitos que possam decorrer da realização do controle de constitucionalidade pelo método difuso no bojo das ações coletivas, inclusive porque, está-se, em última instância, na busca de real efetivação dos direitos fundamentais.

A evolução dos estudos doutrinários, dos institutos processuais e da prática jurídica é que poderá, com mais segurança, oferecer a resposta pertinente para a solução dos problemas invocados com o mecanismo ora enunciado, de modo a se ajustar os instrumentos legais à realização da igualdade substancial e dos interesses mais caros à sociedade.

¹²⁷ O art. 93,II, da Lei n.º 8.078/90 apresenta a seguinte redação: “Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

¹²⁸ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 125.

6 CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade, em face de todo o exposto neste estudo e enquanto pressuposto do exercício da jurisdição constitucional, é mecanismo de garantia dos postulados de um Estado Constitucional, baseado na supremacia e rigidez da Magna Carta, assim como instrumento de conformação de um Estado Democrático de Direito, em vista de vícios infraconstitucionais que maculam a configuração da higidez do sistema normativo.

Tal mecanismo apresenta caráter misto no sistema jurídico brasileiro, haja vista incorporar o método difuso difundido no direito norte-americano, assim como o método concentrado, consagrado pelo direito austríaco e influência de Hans Kelsen, de modo a coexistirem as duas espécies de fiscalização da constitucionalidade.

O controle concentrado atingiu a plenitude no ordenamento brasileiro com a Constituição de 1988, porquanto o controle difuso já havia se consolidado anteriormente, desde as primeiras constituições, sendo este aplicável em relação a qualquer ação proposta ante qualquer juízo de primeira instância, sempre analisando um caso concreto e produzindo seus efeitos, em regra, *ex tunc* quando entre as partes e *ex nunc* quando de suspensão, pelo Senado Federal, dos efeitos da lei ou ato normativo impugnado, conforme art. 52, X, da Constituição Federal.

Esse sistema diverge notavelmente do controle concentrado, o qual figura como processo objetivo, atacando lei em tese, expurgando-a do ordenamento jurídico e não apenas retirando sua eficácia, momentaneamente, como é para o controle difuso, além de que, para este, a inconstitucionalidade figura como prejudicial de mérito na ação quando indispensável à sua solução e no controle concentrado é o próprio pedido.

A ação civil pública, por sua vez, apresentando maior relevância no último século, embora antes já existissem ações ditas coletivas, possibilitou com maior desenvoltura a tutela dos interesses transindividuais, desafiado a estrutura individualista do processo civil vigente e promovendo a noção de igualdade material.

Ao lado da Lei da Ação Civil Pública encontra-se o Código de Defesa do Consumidor, os quais formam um sistema de jurisdição coletiva para a proteção dos interesses difusos e coletivos, essencialmente fundados na indivisão do objeto do

interesse, bem como a respectiva total impossibilidade e possível identificação dos titulares do interesse demandado; além da proteção, também, dos interesses individuais homogêneos, pautados na divisibilidade do objeto e no possível reconhecimento dos titulares dos interesses violados.

Cada espécie de interesse mencionado revelou uma eficácia distinta quanto aos efeitos produzidos pela decisão que os concede, seja *erga omnes*, *ultra partes* ou *in utilibus*, de modo que a não concessão da tutela pretendida, como visto, não torna imutáveis os efeitos apreciados, o que conduz à ocorrência da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*.

O controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, no entanto, representa, em face do apreciado neste trabalho, a conjugação de elementos atinentes à jurisdição coletiva e à jurisdição constitucional, circunstância que, para parte da doutrina e jurisprudência, seria um óbice ao exercício do controle incidental em seu bojo, porquanto os efeitos *erga omnes* da sentença proferida em ação civil pública representaria usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para apreciar impugnações à constitucionalidade de leis ou atos normativos em abstrato.

Outrossim, verificou-se também que não há qualquer identidade, possibilidade de litispendência ou conflito entre a ação direta de inconstitucionalidade e ação civil pública, pois aquela configura processo objetivo e esta sustenta partes e interesses concretos. Na ação direta, o pedido se exaure na declaração de inconstitucionalidade de lei em tese e resulta da retirada da lei do ordenamento, já na ação civil pública, o pedido não é a inconstitucionalidade, mas um provimento concreto, ou seja, naquela figura como pedido e nesta como causa de pedir o controle constitucional das normas.

A discussão de questão constitucional em ação civil pública não obsta a propositura de ação direta, haja vista que a estrutura e objetivo de ambas as ações é diferente. Contudo, em sendo decidida a ação direta, logra ela em prevalecer sobre a ação civil pública, exceto se sobre esta já pairar a coisa julgada.

Por derradeiro, se plenamente identificados os titulares dos interesses coletivos e individuais homogêneos, não há que se dizer que os efeitos *erga omnes* atingirão todos os destinatários originais da norma taxada de inconstitucional, descabendo, portanto, a alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal,

inclusive porque, como visto e com base na Lei n.º 8.078/90, apresentam esses interesses, respectivamente, efeitos *ultra partes* e *in utilibus*.

No entanto, a alegação de inviabilidade do controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública pode ter fundamento quanto aos interesses difusos, pois este óbice para a realização do controle concreto de constitucionalidade é maior, haja vista a extensão dos efeitos da decisão, efetivamente, dar-se *erga omnes*, considerando estes efeitos espalhados para todos os efetiva ou potencialmente lesados pelo evento danoso.

Dessarte, conclui-se que, a não ser que o ato impugnado na ação civil pública tenha âmbito de validade equivalente ou inferior ao da competência do órgão judicial que profere a decisão, o que retiraria a eficácia abstrata de uma lei ou ato normativo no seio social, não há risco de violação da competência do Supremo Tribunal Federal o controle difuso realizado em sede de ação civil pública.

Portanto, revela-se razoável justificar a idoneidade da ação civil pública como mecanismo de controle de constitucionalidade, tendo em vista a adição de elementos favoráveis pertencentes tanto à natureza das ações coletivas quanto à necessária realização de fiscalização da constitucionalidade, de modo a proporcionar a consecução da melhor eficácia dos direitos fundamentais e da garantia do homem não ilhado, mas também coletivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 32, p. 9-15, out./dez., 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Revista de Processo, São Paulo, v. 81, p. 127-134, jan./mar., 1996.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. São Paulo: Dialética, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BITTENCOURT, Lúcio. O controle judicial de constitucionalidade das leis. 2. ed. Atualizador: José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação Civil Pública – Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 2, n. 12, p. 5-13, jul./ago., 2001.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública – comentário por artigos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINAMARCO, C. R.; CINTRA, A.C. de A; e GRINOVER, A. P.. Teoria geral do processo. 18. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo; MILARÉ, Édis; NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984.

GIDI, Antônio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 5, p. 206-229, jan./mar., 1993.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.p. 15.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. 2ª ed. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para argüir, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 16. ed. rev., ampl. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento 2. ed, rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, José Luiz Anhaia. Da separação de poderes à guarda da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A teoria das constituições rígidas. 2. ed. São Paulo: José Buschatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: _____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson. O MP e as ações coletivas. In: Ação Civil Pública. Coord. Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos sistemas e efeitos. 2. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo. Controle de constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SAKAMORI, Mônica. Do controle da constitucionalidade em ação civil pública. Curitiba, 2001. 162f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. O desvio de poder na função legislativa. 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Motaui Ciocchetti de. Interesses difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. Revista de Processo, São Paulo, n. 78, p. 32-49, abr./jun., 1995.